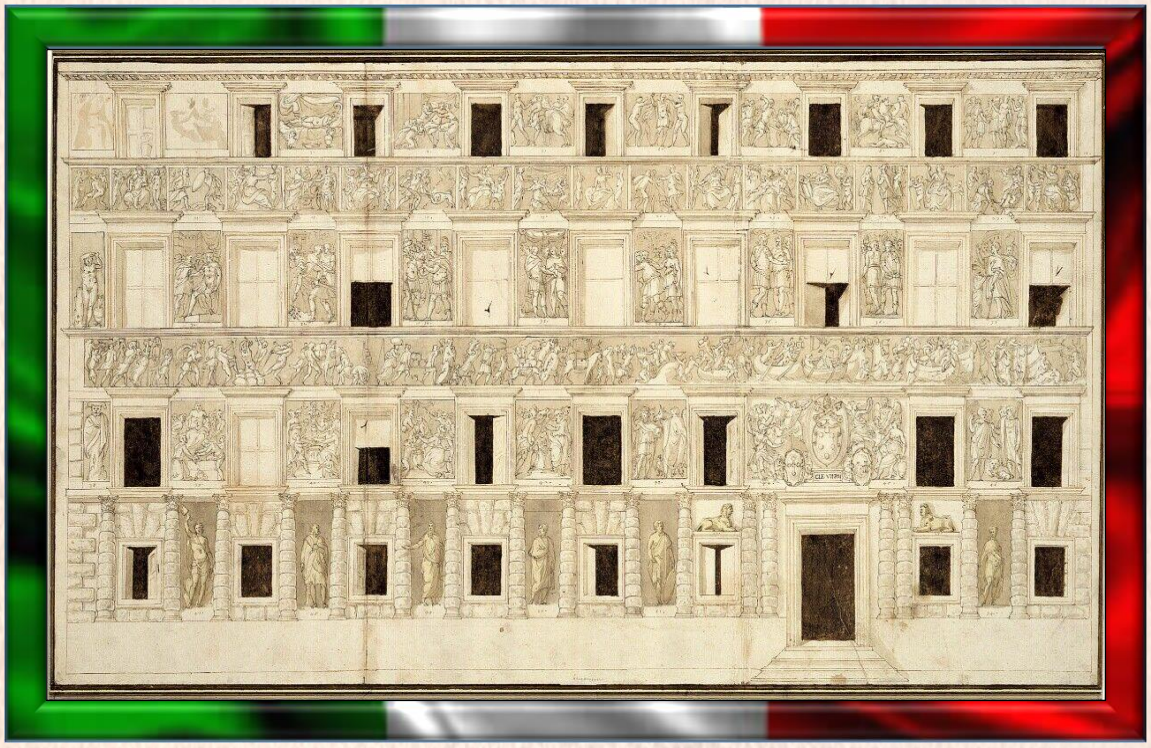
Rassegna della Giustizia Militare



a cura della

Procura Generale Militare presso la Suprema Corte di Cassazione

Palazzo Cesi

(in copertina)

Palazzo Cesi, di proprietà del Ministero della Difesa dal 1940, attualmente ospita il Consiglio della Magistratura Militare, la Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione, la Corte Militare di Appello, la Procura Generale Militare presso la Corte Militare di Appello ed il Tribunale Militare di Sorveglianza.

L'edificio, che conserva il nome della nobile famiglia umbro-romana, alla quale si deve la sua costruzione ed il suo mantenimento per oltre due secoli, fu la prima sede dell'Accademia dei Lincei, fondata il 17 agosto 1603 da Federico Cesi, secondo Duca d'Acquasparta.

Disegno riproducente l'incisione di
Pietro Santo Bartoli (1635 – 1700)

Proprietario ed Editore

MINISTERO DELLA DIFESA

Periodico della Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione

Direttore Responsabile
Dott. Maurizio Block

Caporedattore
Tenente Colonnello Commissario (A.M.) Umberto Montuoro

Redazione
Avvocato Andrea Conti, Capitano (t. E.W. - E.I.) Saverio Setti; Maggiore (Commissario - E.I.) Pierpaolo Travaglione; Maresciallo Capo (CC) Giovanna Colangeli - Segreteria amministrativa e Curatore editoriale; Sergente Maggiore (E.I.) Gino Placidi – Content manager e IT Consulting

Amministrazione:
Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma

Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it
Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx

Recapiti telefonici: 06.47355026 – 06.47355062 - 06.47353762

ISP: www.difesa.it - Comando C4 Difesa

ISSN: 0391-2787

Gli articoli pubblicati rispecchiano esclusivamente le idee personali dell'autore, il quale se ne assume direttamente la responsabilità e garantisce il rispetto della normativa vigente rispetto a testo e immagini

© Tutti i diritti riservati
Reg. Trib. Civile di Roma n. 16019, del 9 agosto 1975

Copertina e veste grafica: Luogotenente (AM) Antonio Matteis

Rassegna della Giustizia Militare

Comitato scientifico

Paola	BALDUCCI
Andrea	BORRONI
Francesco	CALLARI
Ida	CARACCIOLO
Domenico	CARCANO
Paolo	FERRUA
Luigi Maria	FLAMINI
Susanna	FORTUNATO
Manlio	FRIGO
Francesca	GRAZIANI
Umberto	LEANZA
Marina	MANCINI
Sergio	MARCHISIO
Gian Maria	PICCINELLI
Massimo	PAPA
Antônio	PEREIRA DUARTE
Fausto	POCAR
Mauro	POLITI
Ranieri	RAZZANTE
Pierpaolo	RIVELLO
Natalino	RONZITTI
Antonio	SCAGLIONE
Deborah	SCOLART
Ludwig	VAN DER VEKEN
Giovanni Paolo	VOENA

Comitato di revisione

Paolo	BENVENUTI
Samuel	BOLIS
Fabio	CAFFIO
Gaetano	CARLIZZI
Giovanni	CHIARINI
Lorenzo	DEL FEDERICO
Valeria	EBOLI
Iole	FARGNOLI
Alfonso	FURGIUELE
Clelia	IASEVOLI
Giulio	ILLUMINATI
Sebastiano	LA PISCOPIA
Carlotta	LATINI
Saverio	LAURETTA
Carlo	LONGOBARDO
Giuseppe	MAZZI
Giuseppe	MELIS
Domenico	NOTARO
Gianfranco	NUCERA
Gianluca	PASTORI
Mariateresa	POLI
Silvio	RIONDATO
Francesco	SALERNO
Fabrizio	SCARICI
Sergio	SEMINARA
Giovanni	SERGES
Giorgio	SPANGHER
Carmelo Elio	TAVILLA
Gioacchino	TORNATORE

Rubriche:

Documentazione e giurisprudenza dell'Unione Europea
Susanna FORTUNATO

Documentazione e giurisprudenza internazionale
Francesca GRAZIANI

Riferimenti bibliografici

Convegni

NUMERO

4-2021

Indice

Autori – *Contributors* p. I

Riassunti – *Abstracts* p. III

Discorso del Ministro della Difesa in occasione della riunione del Consiglio della Magistratura militare

Lorenzo Guerini p. 1

La riabilitazione militare: presupposti applicativi e profili critici

Chiara Cristaudo e Francesco P. Mastrovito p. 4

Violenza contro inferiore ed omicidio volontario: giurisdizione militare ed ordinaria tra abuso di funzioni ed abuso di qualità

La pronuncia della Cassazione Penale Sez. I^ n.17091 del 04.05.2021; considerazioni circa il regime della responsabilità da reato della P.A. ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Massimiliano Strampelli p. 9

NUMERO

4-2021

Documentazione e giurisprudenza dell'Unione Europea
a cura di *Susanna Fortunato*

La sentenza della Corte di Giustizia *B. K. contro Republika Slovenija (ministrstvo za obrambo)* sull'orario di lavoro degli appartenenti alle Forze Armate
Susanna Fortunato p. 16

Documentazione e giurisprudenza internazionale
a cura di *Francesca Graziani*

La responsabilità per le violazioni dei diritti umani garantiti dalla CEDU all'estero, alla luce del caso Litvinenko
Valeria Eboli p. 23

Due Diligence as a Standard of Conduct in Cyberspace
Giulia Gasser p. 40

"Civiltà dell'incontro", migranti afghani e Terre di confine
Umberto Montuoro p. 58

Riferimenti bibliografici

Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'agenda delle Nazioni Unite 2030
Nerina Boschiero p. 64

La riforma dell'abuso d'ufficio
Andrea R. Castaldo, Marco Naddeo p. 68

Dimensione tecnologica e prova penale
Luparia L., Marafioti L., Paolozzi G. p. 71

La protezione internazionale dei diritti umani
Antonio Marchesi p. 73

La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale
Elisabetta Mottese p. 75

Lineamenti di diritto penale militare italiano
Domenico Notaro p. 81

Donne e violenza
Claudia Pecorella p. 82

La clausola di Norimberga
Giuseppe Puglisi p. 84

Manuale del diritto penale militare e dell'ordinamento giudiziario militare
Pierpaolo Rivello p. 86

Diritto internazionale dei conflitti armati
Natalino Ronzitti p. 88

Convegni

XXIInd Congress of the international Society for Military Law and Law of War (Florence, 10 – 14 May 2022)
p. 90

Una mostra internazionale a Palermo sull'evoluzione dell'inquisizione
Antonio Scaglione p. 104

NUMERO
4-2021

Autori - *Authors*

CHIARA CRISTAUDO, avvocatessa del Foro di Milano. Dopo aver terminato gli studi classici, si laurea in Giurisprudenza (Magistrale a ciclo unico) presso l'Università della Calabria. Ha svolto il tirocinio formativo presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano ed ha coltivato la Formazione forense penale in Milano. Ha conseguito l'abilitazione forense presso la Corte d'Appello di Milano nel 2019. Cultrice della materia in diritto penale ordinario e militare.

VALERIA EBOLI, professore di prima fascia di diritto internazionale presso l'Accademia Navale di Livorno. È Presidente dei corsi di studio in Scienze marittime e navali - Sicurezza e Difesa dell'Università di Pisa. Fa parte del Collegio dei docenti della Scuola superiore a ordinamento speciale della Difesa, Centro Alti Studi per la Difesa (CASD). È membro del Comitato scientifico della *Société internationale de droit militaire et droit de la guerre* - Gruppo italiano.

SUSANNA FORTUNATO, è associato di Diritto dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza di Cassino. Ha svolto e svolge tuttora attività di docenza sia presso la stessa Università di Cassino (Corso di laurea magistrale in giurisprudenza e docente incaricato per il Diritto dell'Unione europea nel corso di Economia aziendale nella sede di Frosinone), presso l'Università di Roma "LUMSA", sempre all'interno del corso di laurea in Giurisprudenza. È collaboratrice stabile della rivista "Il Foro italiano" e dal 1996 è coordinatrice della redazione della rivista "Il Diritto dell'Unione europea", diretta Antonio Tizzano.

GIULIA GASSER, dottoressa in Giurisprudenza, con lode, presso l'Università degli Studi "Roma Tre", con tesi in Diritto internazionale sul principio di *due diligence* applicato nel *cyberspace*. Scrive per il progetto "Sciabaca & Oruka – Oltre il confine" dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, riguardo alle politiche di esternalizzazione delle frontiere.

FRANCESCA GRAZIANI, è professoressa di diritto internazionale presso la Seconda Università di Napoli con la "Cattedra Jean Monnet" della Facoltà di Scienze Politiche. È esperta giuridica presso il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale (Servizio Affari Legali, accordi diplomatici e internazionali) italiano. È docente di diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea in varie scuole post-laurea, tra cui la Società italiana per l'organizzazione internazionale (SIOI) di Roma.

LORENZO GUERINI, è nato a Lodi il 21 Novembre 1966. Si è laureato in Scienze Politiche presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, con una tesi in Storia delle dottrine politiche. Ha prestato il servizio militare obbligatorio dal giugno 1991 al marzo 1992 presso il Battaglione Alpini "Edolo" a Merano e, successivamente, presso il Reggimento Artiglieria a cavallo a Milano. Si è congedato idoneo al grado di Sergente di complemento.

Di professione è consulente assicurativo. Nel 2005 è stato eletto sindaco di Lodi ed è stato confermato nell'incarico alle elezioni del 2010. In precedenza ha ricoperto per due mandati la carica di Presidente della Provincia di Lodi. Durante il primo mandato da Sindaco diviene presidente di Anci Lombardia e membro della Conferenza Stato-Città e Autonomie locali e della Conferenza Unificata. È stato, inoltre, responsabile Welfare dell'Anci nazionale.

È stato Vicesegretario nazionale del Partito Democratico. Eletto Deputato nelle liste del Partito Democratico nella legislatura XVII, durante la quale è componente della Commissione Difesa e del Comitato per la sicurezza della Repubblica, è stato rieletto nella XVIII legislatura.

Nel luglio del 2018 viene eletto Presidente del Comitato Parlamentare per la Sicurezza della Repubblica.
È Ministro della Difesa dal 5 Settembre 2019.

FRANCESCO PAOLO MASTROVITO, laureato in Giurisprudenza e in Scienze organizzative e gestionali, è titolare dello studio legale Mastrovito.
Nella sua attività forense oltre alle generali esperienze in Diritto penale e civile, ha sviluppato, in particolare, competenze nel Diritto militare, nelle varie declinazioni amministrative, penali e previdenziali. Queste ultime competenze sono state acquisite in oltre venti anni di servizio presso l'Aeronautica Militare Italiana.
È autore di vari articoli che vanno dalla responsabilità amministrativa del pubblico dipendente (danno d'immagine), a questioni di previdenza militare.

UMBERTO MONTUORO, Segretario nazionale per l'Italia dell'*International Society for Military Law and the Law of War*, docente incaricato di Politica estera e di sicurezza comune presso l'Istituto di Studi Europei "Alcide De Gasperi", collabora sui temi del diritto umanitario e dei conflitti armati con numerosi Atenei, fra i quali l'Università Internazionale per la Pace delle Nazioni Unite. È accademico pontificio e componente del Comitato scientifico di alcune riviste di studi di diritto e politica internazionale.

ANTONIO SCAGLIONE, è stato, sino al pensionamento nel 2017, professore ordinario di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Palermo.
Nello stesso Ateneo ha ricoperto le cariche accademiche di Delegato del Rettore al personale e agli affari legali, di Direttore del Dipartimento di Diritto processuale penale e, infine, di Preside della Facoltà di Giurisprudenza.
Dal dicembre del 2013 all'aprile del 2019 ha ricoperto la carica di Vice Presidente del Consiglio della Magistratura militare. Inoltre, è accademico pontificio e componente del Comitato scientifico delle riviste Giustizia penale e Rassegna della Giustizia militare.
È autore di oltre centotrenta pubblicazioni giuridiche e storiche.

MASSIMILIANO STRAMPELLI, è iscritto come cassazionista presso l'Ordine degli Avvocati di Roma. Già Ufficiale dei Carabinieri, svolge il suo patrocinio principalmente nella materia del diritto militare amministrativo e penale. È autore di numerose pubblicazioni nella materia ordinamentale militare oltre che relatore in convegni di interesse delle Forze Armate. È membro della Camera penale militare e del Gruppo Italiano dell'*International Society for Military Law and the Law of War*.

Riassunti – *Abstract*

CHIARA CRISTAUDO, **FRANCESCO P. MASTROVITO**, La riabilitazione militare: presupposti applicativi e profili critici.

La riabilitazione militare, disciplinata dagli artt. 72 e 412 c.p.m.p., è una causa di estinzione della pena consistente nell'eliminazione delle incapacità giuridiche, delle pene militari accessorie e degli altri effetti penali derivanti dalla sentenza di condanna definitiva irrogata dalla Magistratura Penale Militare.
L'analisi evidenzia come le norme contenute nel codice penale militare di pace, nel codice penale comune e nel codice di procedura penale delineano un meccanismo che richiede quale presupposto indefettibile al fine di ottenere la riabilitazione militare la previa concessione della riabilitazione ai sensi della legge penale comune. L'Autorità giudiziaria militare, quindi, sulla base di autonomi criteri di valutazione rispetto a quelli che hanno condotto l'Autorità giudiziaria ordinaria a concedere la riabilitazione comune, dovrà valuterà se sussistano le condizioni per ordinare che gli effetti dell'ottenuta riabilitazione siano estesi alle pene militari accessorie e ad ogni altro effetto penale militare della sentenza.
Nella prima parte della trattazione si è inteso illustrare le norme che regolano l'istituto della riabilitazione militare nonché i suoi presupposti applicativi, nella seconda parte invece si è proceduto ad affrontare nel dettaglio l'indagine attinente alle principali criticità che hanno riguardato l'istituto in esame anche in relazione ai suoi rapporti con la riabilitazione comune.

Parole chiave: reato militare, riabilitazione ordinaria, riabilitazione militare, duplicità procedimentale, legittimità costituzionale.

Military Rehabilitation: Application Assumptions and Critical Profiles.

Military rehabilitation, governed by articles 72 and 412 c.p.m.p., is a cause for extinction of the sentence consisting in the elimination of legal incapacities, accessory military penalties and other criminal effects deriving from the final sentence imposed by the Military Criminal Judiciary. The analysis highlights how the rules contained in the military penal code of peace, in the ordinary penal code and in the code of criminal procedure outline a mechanism that requires as an abiding prerequisite in order to obtain military rehabilitation the prior granting of rehabilitation under the common criminal law. The military judicial authority, therefore, on the basis of autonomous evaluation criteria with respect to those that led the ordinary judicial authority to grant common rehabilitation, will have to assess whether the conditions exist to order that the effects of the rehabilitation obtained are extended to accessory military penalties and any other military penal effect of the sentence. In the first part of the study it was intended to illustrate the rules that regulate the military rehabilitation institute as well as its applicative assumptions, in the second part instead it has been dealt in detail with the investigation relating to the main critical issues that concerned the institute in examination also in relation to its relationship with the common rehabilitation.

Keywords: military offense, ordinary rehabilitation, military rehabilitation, procedural duplicity, constitutional legitimacy.

VALERIA EBOLI, La responsabilità dello Stato per le violazioni dei diritti umani all'estero alla luce del caso Litvinenko.

L'analisi ha ad oggetto la decisione resa dalla Corte di Strasburgo il 21 settembre 2021 sul caso Carter c. Russia, relativo alla violazione del diritto alla vita di Aleksandr Valterovich Litvinenko, ex funzionario dei Servizi di intelligence della Federazione Russa, deceduto, a Londra il 23 novembre 2006.
La Corte ha ritenuto occorsa una violazione dell'art. 2 in relazione agli aspetti sostanziali e procedurali e ha emesso specifica decisione volta al risarcimento di danni non materiali alla ricorrente.
Sotto il profilo giuridico tale decisione appare di grande interesse, in quanto la Corte ritorna sul dibattuto tema dell'applicabilità extraterritoriale della CEDU, arricchendo con nuove considerazioni la precedente e già variegata giurisprudenza al riguardo.
Inoltre, la Corte applica il principio riportato nell'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti per l'attribuzione allo Stato di appartenenza della condotta di individui aventi la cittadinanza, ritornando sulla parimenti discussa questione del criterio della direzione e controllo da parte delle Autorità statali.
Dopo una presentazione del caso di specie, segue la disamina delle principali questioni giuridiche che emergono dallo stesso, evidenziando gli elementi di conferma o discontinuità rispetto alla prassi precedente posta in essere dalla Corte di Strasburgo, con particolare riferimento all'applicabilità extraterritoriale della CEDU.

Parole chiave: diritti umani, extraterritorialità, responsabilità internazionale, giurisdizione, agente statale.

State Responsibility for Human Rights Violations Abroad in the Light of the Litvinenko Case.

The paper analyses the decision of of 21st September 2021the European Court of Human Rights in the case Carter v. Russia, related to a violation of the right to life of Aleksandr Valterovich Litvinenko, a former Russian spy poisoned with radioactive polonium-210 in London on 23 November 2006.
The Court held that Article 2 ECHR had been violated under the substantive and procedural limbs and condemned the respondent Government to recover the damages for non pecuniary loss to the Applicant.
From a legal point of view the decision looks like interesting, as the Court of Strasbourg revisits the issue of the extraterritorial application of the ECHR, enriching its already variegated case law on the subject.
Furthermore it applies the principle enshrined in Article 8 ("Conduct directed or controlled by a State") of the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in order to attribute the act to the respondent. So the Court also raises the issues of the State responsibility for the conduct of individuals acting on the instructions of, or under the direction or control of, the State in carrying out that act.
After a review of the main elements of the case, it is proposed an appraisal about the main legal issues arising from it, in order to assess whether it is in line with the previous case law of the Court of Strasbourg or there are relevant novelties, with special regard to the extraterritorial application of the ECHR.

Keywords: human rights, extraterritoriality, international responsibility, jurisdiction, state agent.

SUSANNA FORTUNATO, La sentenza della Corte di Giustizia *B. K. contro Republika Slovenija (ministrstvo za obrambo)* sull'orario di lavoro degli appartenenti alle Forze Armate.

Le note brevi che seguono accompagnano la pubblicazione della sentenza *B.K. c. Replubika Slovenija* con la quale la Corte di giustizia ha precisato i casi in cui la direttiva concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro non si applica alle attività esercitate da militari. In particolare, la Corte si è pronunciata nel senso che la direttiva 2003/88/CE non osta a che un periodo di guardia nel corso del quale un militare è tenuto a rimanere nella caserma cui è assegnato, ma non vi svolga un lavoro effettivo, sia retribuito in modo diverso da un periodo di guardia durante il quale egli effettua prestazioni di lavoro effettivo.
L'obiettivo di queste brevi note è di analizzare i tratti essenziali della sentenza, mettendone in rilievo le possibili implicazioni per gli Stati membri e per l'Italia in particolare.

Parole chiave: Corte di giustizia UE, protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, organizzazione dell'orario di lavoro, membri delle Forze Armate, applicabilità del diritto dell'Unione europea.

The Decision of the Court of Justice B. K. v Republika Slovenija (ministrstvo za obrambo) on the Working Hours of Members of the Armed Forces.

The following short notes accompanying the publication of the judgement B.K. c. Replubika Slovenija with which the Court of Justice provided guidance in the instances where the Directive concerning certain aspects of the organisation of working time does not apply to activities carried out by military personnel. In particular, the Court ruled that directive 2003/88/EC does not preclude a stand-by period during which a member of military personnel is required to remain at the barracks to which he or she is posted, but does not perform actual work there, from being remunerated differently than a stand-by period during which he or she performs actual work.
The aim of these brief notes is to analyse the essential features of the judgement. Furthermore, these notes highlights some of the possible implications of this ruling for the Member States, especially Italy.

Keywords: Court of Justice EU, protection of the safety and health of workers, organisation of working time, members of the Armed Forces, applicability of EU law.

GIULIA GASSER, La *due diligence* come standard di condotta nel cyberspazio.

L'accoglienza del Manuale di Tallinn non è stata priva di critiche, e molte questioni sono in gioco. La prima ragione di ciò è la mancanza di diversità geografica, la quale mina l'accettabilità internazionale delle regole. Di conseguenza, alcuni hanno criticato il progetto per l'aver fatto prevalere nella sua elaborazione una certa orientazione culturale e politica, essenziale un punto di vista "occidentale", quando, invece, il numero di utenti di internet sta proliferando negli Stati non occidentali, al punto che la connessione internet negli Stati non occidentali supera di già quella degli Stati Occidentali.
In ogni cosa, il problema principale è il disaccordo riguardo lo status del principio di due *diligence* nel *cyberspace*. Infatti, mentre gli Esperti hanno riconosciuto l'opinione che la due *diligence* non abbia ancora raggiuto lo status di *lex lata*, hanno affermato che nessuno degli Esperti condivideva questo punto di vista. Poiché la *due diligence* è presumibilmente una regola primaria di diritto internazionale, la cui violazione da parte di uno Stato costituisce un

atto illecito internazionale, tale esitazione nell'accordare alla regola lo status di *lex lata* contribuisce a creare una zona grigia del diritto internazionale.

Parole chiave: Operazioni *cyber*, *due diligence*, diritto internazionale umanitario, Manuale di Tallinn, principio di prevenzione.

Due Diligence as a Standard of Conduct in Cyberspace.

The Tallinn Manual's reception has not been uncritical, and many issues are at stake. The primary reason for this is the lack of geographical diversity, which has been said to undermine the international acceptability of the rules. Thus, some criticized the project for making prevail a certain cultural and political orientation to the drafting table, essentially a 'Western' 'worldview, when, instead, the number of internet users is proliferating in non-Western States, to the extent that internet connectivity in non-Western States already surpasses that of Western States.
However, the main issue is that there is a disagreement regarding the status of the due diligence principle in cyberspace. Indeed, while the Experts acknowledged the view that due diligence has not reached the lex lata status, they affirmed that none of the Experts held this view. As due diligence is purportedly a primary rule of international law, a State's violation of which constitutes an internationally wrongful act, such hesitancy to accord the rule lex lata status produces a grey zone of international law.

Keywords: Cyber operations, due diligence, international law, Tallinn Manual, preventive principle.

UMBERTO MONTUORO, *"*Civiltà dell'incontro*"*, migranti afghani e Terre di confine.

«The name Afghanistan, as applied to the region thus defined, is not commonly known, or so used, by the people of the country itself, either in whole or in a part. It is the name given to the whole region in a general way by its neighbors and by foreigners».
In tal senso, il disegno dei confini territoriali, compiuto a tavolino dagli stessi rappresentanti del *British Empire*, per fronteggiare le sfere di influenza della Russia zarista, aveva tranciato di netto e diviso, sulle sole carte geografiche, l'unitarietà di lingua, tradizioni e identità culturali di numerose popolazioni, costrette a mantenere i loro vincoli familiari attraverso frontiere, percepite come estranee ed astratte.
In questa prospettiva, l'appartenenza etnica allo stesso ceppo legava in modo transfrontaliero, l'agire quotidiano di *leaders* politici, quadri dirigenti e direttivi di Stati diversi ma presenti nella stessa regione. Inoltre, il congelamento forzoso dei confini operato dalla lunga era dell'Unione Sovietica ha traghettato pressoché immutati la prevalenza di tali assetti di artefatta geografia politica.
La sicurezza internazionale di questi Stati, rinvigoriti dalla autonomia riconquistata da Mosca, ha riacquisito antiche dinamiche ed è ora declinata con l'attuale direzione della politica estera della Repubblica di Turchia. Si rinsaldano progressivamente dimenticati legami transnazionali, risalenti all'età di massima espansione dell'impero ottomano.
La tutela giuridica delle identità e dei diritti culturali individuali e di gruppo, con la conseguente possibilità di scelta di quale sia Stato ospitante maggiormente idoneo ad accogliere i flussi dei migranti dal neocostituito Emirato islamico dell'Afghanistan, potrà rappresentare in futuro una leva di acquisizione di aiuti finanziari e consenso nella comunità internazionale. Infatti, in questi ultimi tre decenni, si è fortemente consolidato il sistema di norme internazionali di rango convenzionale posto a garanzia del rispetto della diversità

culturale e religiosa. Emerge, dunque, la prospettiva garantista di prevedere, anche sul piano del diritto umanitario, la libertà del singolo e dei gruppi di mantenere, seppure nelle parti compatibili con il rispetto dei diritti fondamentali, i propri valori e costumi sociali, morali e religiosi e di conservare le proprie tradizioni.
Scenario di azione sostenuto da parte dell'Europa, nelle previsioni normative di carattere sia sostanziale sia, soprattutto, programmatico, in sintesi, attraverso obblighi di protezione umanitaria da sostenere nell'ambito della cooperazione internazionale. «*L'Unione europea dialogherà con i paesi terzi, in particolare i paesi vicini e i paesi di transito, che ospitano un gran numero di migranti e rifugiati e rafforzerà il suo sostegno nei loro confronti allo scopo di potenziare le loro capacità di offrire protezione, condizioni di accoglienza dignitose e sicure e mezzi di sussistenza sostenibili ai rifugiati e alle comunità ospitanti».*

Parole chiave: tutela dell'identità culturale e religiosa; diritto umanitario; civiltà dell'incontro, Dichiarazione di Friburgo; Dichiarazione di Abu Dhabi.

"Civilization of the Encounter", Afghan Migrants and Borderlands.

«The name Afghanistan, as applied to the region thus defined, is not commonly known, or so used, by the people of the country itself, either in whole or in a part. It is the name given to the whole region in a general way by its neighbours and by foreigners».
In this sense, the design of the territorial borders, carried out at the table by the representatives of the British Empire, to face the spheres of influence of Tsarist Russia, had cut cleanly and divided, on the geographical maps alone, the unity of language, traditions and cultural identities of numerous populations, forced to maintain their family ties across borders, perceived as extraneous and abstract.
In this perspective, ethnic belonging to the same strain linked in a cross-border way, the daily actions of political leaders, executives and managers of different states but present in the same region. Furthermore, the forced freezing of the borders carried out by the long era of the Soviet Union has brought the prevalence of these artefacts of political geography almost unchanged.
The international security of these states, reinvigorated by the autonomy regained by Moscow, has regained ancient dynamics and is now declined with the current direction of the foreign policy of the Republic of Turkey. Progressively forgotten transnational ties are strengthened, dating back to the age of maximum expansion of the Ottoman Empire.
The legal protection of individual and group identities and cultural rights, with the consequent possibility of choosing which host State is most suitable to accommodate the flows of migrants from the newly established Islamic Emirate of Afghanistan, may represent a lever for the future acquisition of financial aid and consensus in the international community. In fact, in the last three decades, the system of international norms of conventional rank placed as a guarantee of respect for cultural and religious diversity has been strongly consolidated. Therefore, the guarantor perspective emerges of providing, also in terms of humanitarian law, the freedom of individuals and groups to maintain, albeit in the parts compatible with respect for fundamental rights, their own social, moral and religious values and customs and of keep their traditions.
Action scenario supported by Europe, in both substantial and, above all, programmatic regulatory provisions, in short, through humanitarian protection obligations to be supported in the context of international cooperation. «The European Union will engage in dialogue with third countries, in particular neighbouring countries and transit countries, which host large numbers of migrants and refugees, and will strengthen its support for them in order to

enhance their capacities to offer protection, safe and dignified hospitality and sustainable livelihoods for refugees and host communities».

Keywords: protection of cultural and religious identity; humanitarian law; civilization of the encounter, Declaration of Freiburg; Abu Dhabi declaration.

ANTONIO SCAGLIONE, Una mostra internazionale a Palermo sull'evoluzione dell'Inquisizione.

Lo scritto ripercorre ed approfondisce il testo dell'intervento introduttivo svolto in occasione dell'Inaugurazione della mostra internazionale dal titolo "*Inquisitio Contra Haereticos*. I Processi dell'Inquisizione a Streghe, Eretici e Società Segrete". In particolare, l'autore intende illustrare la rilevante iniziativa culturale che mira a mostrare l'evoluzione dell'Inquisizione, ossia la secolare istituzione ecclesiastica fondata per indagare e punire, mediante appositi "Tribunali delle fede", gli autori e i sostenitori di dottrine o condotte, di tesi o pratiche, considerate contrarie all'ortodossia religiosa. Infine, lo scritto si focalizza a sottolineare l'importanza della Storia sia per la formazione delle nuove generazioni, sia, soprattutto, per evitare che tragici eventi o fenomeni del passato possano ripetersi.

Parole chiave: Inquisizione, tortura, giustizia penale, giusto processo, prove penali.

An International Exhibition in Palermo on the Evolution of the Inquisition.

The paper retraces and deepens the text of the introductory speech carried out on the occasion of the inauguration of the international exhibition entitled "Inquisitio Contra Haereticos. The Inquisition Trials of Witches, Heretics and Secret Societies". In particular, the Author intends to illustrate the relevant cultural initiative that aims to show the evolution of the Inquisition that is the secular ecclesiastical institution founded to investigate and punish, through special "Tribunals of the faith", the Authors and supporters of doctrines or conduct, of thesis or practice, considered contrary to religious orthodoxy. Finally, the paper focuses on emphasizing the importance of history both for the formation of new generations and, above all, to prevent tragic events or phenomena of the past from recurring.

Keywords: Inquisition, torture, criminal justice, due process, criminal evidence.

MASSIMILIANO STRAMPELLI, Violenza contro inferiore ed omicidio volontario: giurisdizione militare ed ordinaria tra abuso di funzioni ed abuso di qualità. La pronuncia della Cassazione Penale Sez. I^ n. 17091 del 04.05.2021; considerazioni circa il regime della responsabilità da reato della P.A. ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Il fenomeno del "nonnismo" tra giurisdizione militare ed ordinaria. La recente pronuncia della Suprema Corte in ordine al caso della morte del giovane paracadutista di leva Emanuele Scieri pone dei limiti invalicabili alla giurisdizione militare; quest'ultima è dunque una giurisdizione "residuale" che giustifica l'intervento del magistrato militare solo in relazione a fatti che siano in rapporto diretto con la disciplina ed il servizio.
È giunto dunque il momento per evitare inutili dispersioni di energie processuali, lungaggini procedimentali e inefficienti sovrapposizioni di competenza, di addivenire ad una complessiva riforma della giustizia militare che fornisca – in linea con il dettato costituzionale della riserva di giurisdizione militare – nuova linfa all'operatività dei Tribunali Militari.

Parole chiave: nonnismo, giurisdizione militare, disciplina e servizio, Costituzione, riforma Giustizia militare.

Violence against Inferior and Voluntary Homicide: Military and Ordinary Jurisdiction between Abuse of Functions and Abuse of Quality. The Ruling of the Criminal Cassation Section I ^ n. 17091 of 04.05.2021; Considerations Regarding the Criminal Liability Regime of the Public Administration Pursuant to art. 2049 of the Italian Civil Code.

The phenomenon of "hazing" between military and ordinary jurisdiction. The recent ruling of the Supreme Court in relation to the case of the death of the young conscript paratrooper Emanuele Scieri places impassable limits on military jurisdiction; the latter is therefore a "residual" jurisdiction that justifies the intervention of the military magistrate only in relation to facts that are directly related to the discipline and service.
The time has therefore come to avoid unnecessary waste of procedural energy, procedural delays and inefficient overlapping of jurisdiction, to arrive at an overall reform of military justice that provides – in line with the Constitutional dictate of the military jurisdiction reserve – new lymph to the operation of the Military Courts.

Keywords: *hazing, military jurisdiction, discipline and service, Constitution, Military justice reform*.

Discorso del Signor Ministro della Difesa
tenuto in occasione della seduta del Consiglio della Magistratura Militare
del 16 dicembre 2021

Transcription of the Speech Given by the Minister of Defence
at the Meeting of the Military Judiciary Council
on December 16, 2021

Lorenzo Guerini

Saluto e ringrazio i componenti di questo organo e tutti coloro che ci stanno seguendo in videoconferenza.

L'incontro di oggi rappresenta una preziosa occasione di analisi e riflessione per le responsabilità che mi sono affidate come Ministro, e in tal senso spero oggi di poter dare alcune risposte alle sollecitazioni che mi sono pervenute, alcune delle quali incontrano già le mie riflessioni.

Un momento importante, innanzitutto perché mi consente di fare con Voi il punto sullo stato della giustizia militare, anche alla luce dei dati statistici che ci sono stati illustrati dal Consigliere De Luca. Poi perché mi consente di avere un confronto, nel rispetto delle competenze di ciascuno di Voi, che ritengo molto utile e costruttivo.

Sono fermamente convinto che tutti noi abbiamo l'ambizione e sentiamo la responsabilità di lavorare per migliorare il buon funzionamento e l'affidabilità delle Istituzioni in cui siamo impegnati e che cerchiamo di servire nell'interesse più generale del Paese. E da questo punto di vista c'è un ulteriore elemento di convinzione da parte mia, perché credo che una Magistratura militare efficace ed efficiente sia anche una garanzia significativa dell'affidabilità dello strumento militare.

Quest'ultimo è un tema al quale ho cercato di dedicare questi oltre due anni di impegno come Ministro. Colgo in merito la metafora utilizzata dal vicepresidente Brunelli parlando della Magistratura militare: "*Dobbiamo cercare di rimettere la macchina sulla sua strada*".

Il tema della strada è pertinente, perché qualche sbandata c'è stata e non ha riguardato soltanto la Magistratura militare, ma l'idea stessa del ruolo della nostra Difesa e dell'ambizione dell'Italia all'interno dello scacchiere geopolitico internazionale.

È questo il motivo per cui ho cercato di impiegare tutte le mie energie e le mie capacità per rivolgere uno sguardo complessivo all'intero Comparto, per individuarne le priorità all'interno di un necessario quadro di certezza e profondità finanziaria e temporale, condizioni essenziali per una programmazione che possa garantire il giusto sostegno allo strumento militare.

E in tale ottica ho cercato di delineare concetti più utili, più trasparenti e più chiari.

Faccio questa premessa perché anche il mio sguardo sulla Magistratura militare è partito da un punto di osservazione ampio, perché penso che anche per essa – mi perdonerete se lo dico con il linguaggio ruvido del politico –, ci fosse l'esigenza di "*rimettere la macchina sulla sua strada*".

Oggi si tratta di fare delle scelte e credo che esistano tutte le condizioni affinché il Parlamento possa farle. Io ho cercato di ispirare i principali l'attenzione sui temi più importanti della Magistratura militare a principi di prudenza di gestione, lavorando preliminarmente alla costruzione di un clima favorevole a far maturare in Parlamento un determinato tipo di indirizzo.

Mi riferisco alla volontà di poter lavorare ad una migliore ripartizione di competenze tra Magistratura ordinaria e Magistratura militare, tema che nelle Commissioni Difesa è oggi acquisito

in modo pressoché unanime. E questo è un primo elemento importante. Si è iniziato a fare un lavoro anche con altre Commissioni che possono essere coinvolte, in primis la Commissione giustizia. E anche da questo punto di vista il processo di riflessione è stato indirizzato nella maniera più adeguata. Abbiamo costruito l'idea di un percorso che prevedesse l'autorevole coinvolgimento di diverse competenze e professionalità utili a tenere alto il dibattito e costruire una riflessione condivisa e comune che superasse anacronistiche abitudini di lettura.

Condivido, Sig. Presidente, il richiamo che Lei ha fatto sull'esigenza di chiudere velocemente i lavori della Commissione. Condivido pienamente l'orizzonte temporale che Lei ha indicato come fine gennaio e lavoreremo per raggiungere questo obiettivo. Sono state svolte alcune audizioni che sicuramente possono essere giudicate positive nel senso della condivisione di quel clima, di quell'ambizione che abbiamo prima richiamato.

Mi rendo conto che sono molti i temi ancora aperti, tra cui quello da Lei richiamato riguardante i reati che ledono la persona. Penso che l'obiettivo di portare a razionalità anche il confronto su questo punto sia a portata di mano. E da parte mia vi sarà pieno impegno in tutte le forme possibili perché appunto si colga il momento positivo nel quale ci troviamo. Siamo nella fase finale della legislatura ma ci sono i tempi per poter fare questo tipo di passaggio. Credo che rappresenterebbe l'elemento più concreto della svolta che è stata compiuta. Perché noi, riprendendo la metafora iniziale, stiamo rimettendo l'auto non solo sulla strada, ma anche "*nella direzione giusta*". In maniera chiara, intellegibile e inconfutabile. Vogliamo superare l'ambiguità di letture politiche per cui il tema della giustizia militare è stato a lungo un tema un po' sospeso. E mi pare che invece torniamo nella direzione giusta, nella direzione che il Dicastero condivide, nella direzione che io ho da subito auspicato.

Io penso che questo sia un punto anche condizionante per dare forza anche ad altri punti, come quello degli organici militari e civili.

Anche sul tema della costruzione e potenziamento del settore informatico, che ritengo fondamentale per venire incontro alle nuove competenze legate al processo telematico, mi impegno a fornirvi una risposta.

Io penso che siamo in una situazione positiva. Credo ci possano essere tutte le condizioni per rispondere alle esigenze che sono state evidenziate perché l'obiettivo è quello appunto di lavorare ad un maggior ruolo della magistratura militare impiegandone al meglio le competenze, al servizio del Paese e delle Forze armate.

Perché una Magistratura militare che funziona, che è messa nelle condizioni di svolgere al meglio il proprio lavoro è garanzia per tutti. È garanzia della costruzione degli anticorpi all'interno delle Forze armate, rispetto a possibili deviazioni dall'ordinamento, ed è garanzia per i cittadini.

Per me questi due anni sono stati davvero importanti perché ho conosciuto n mondo che conoscevo veramente poco, una realtà di eccellenza che svolge un lavoro egregio in un clima di grande serenità di relazioni, come è stato sottolineato pocanzi dal Presidente, e credo che questo sia un elemento che testimonia anche le qualità umane e professionali che qui sono presenti e si adoperano per il mondo della famiglia della Difesa.

Ho conosciuto grandi competenze, grandi professionalità, anche grande voglia di fare, di fare di più, di fare meglio, di contribuire al servizio complessivo che ciascuno di noi rende al Paese, quindi davvero voglio ringraziarvi e tramite voi ringraziare tutti gli operatori della Magistratura militare per il lavoro straordinario che svolgono. Voglio assicurarvi la mia piena attenzione e la mia assoluta disponibilità al confronto e alla collaborazione.

Penso ci siano le condizioni per poterlo fare al meglio, sia dal punto di vista della forma, sia per i temi concreti che avete richiamato, che richiedono impegno concreto e risposte in tempi immediati.

Colgo anche l'occasione per rivolgere al Presidente, al Consiglio, a tutta la Magistratura Militare, a tutti gli operatori civili che qui lavorano, il mio augurio, non solo di buon natale con le vostre famiglie ma anche di sentire la volontà, come tutti noi sentiamo nel Paese, di uscire dalla

situazione di difficoltà nella quale ci troviamo, e pensare con ambizione ad affrontare il nostro comune futuro.

Grazie ancora e buon lavoro.

La riabilitazione militare: presupposti applicativi e profili critici

Military Rehabilitation: Application Assumptions and Critical Profiles

Chiara Cristaudo e Francesco P. Mastrovito

Sommario: 1. Considerazioni generali. – 2. Rilievi critici.

1. Considerazioni generali

Nel nostro ordinamento è largamente conosciuto ed utilizzato l'istituto della riabilitazione c.d. "ordinaria", disciplinata dagli artt. 178 e ss. c.p., che rappresenta una causa di estinzione delle pene accessorie (ad eccezione di quelle perpetue) e di ogni altro effetto penale della condanna.

Essa viene pronunciata dal Tribunale di sorveglianza ordinario con sentenza al ricorrere, in sintesi, delle seguenti condizioni:

a) che siano trascorsi almeno 5 anni (innalzabili a 8 anni se si tratta di soggetti già dichiarati recidivi ex art. 99 c.p. ovvero a 10 anni ove si tratti di delinquenti abituali, professionali o per tendenza) dal giorno in cui la pena principale sia stata interamente eseguita ovvero si sia in altro modo estinta;
b) che il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta;
c) che il condannato non sia stato sottoposto a misura di sicurezza, salvo che si tratti di espulsione dello straniero ovvero di confisca e il relativo provvedimento non sia stato revocato;
d) che il condannato abbia adempiuto tutte le obbligazioni civili derivanti dal reato (es. restituzioni e risarcimenti alle eventuali parti civili), salvo che dimostri la propria assoluta impossibilità di adempierle.

A norma dell'art. 180 c.p., tuttavia, la sentenza di riabilitazione è revocata di diritto qualora il soggetto riabilitato commetta, entro 7 anni dall'emissione del provvedimento, un delitto non colposo per il quale è stata concretamente inflitta una pena pari ad almeno anni 2 di reclusione ovvero una pena più grave.

Il codice penale militare prevede invece l'autonomo e specifico istituto della riabilitazione militare.

La riabilitazione militare, disciplinata dagli artt. 72 e 412 c.p.m.p., è una causa di estinzione della pena consistente nell'eliminazione delle incapacità giuridiche, delle pene militari accessorie e degli altri effetti penali derivanti dalla sentenza di condanna definitiva irrogata dalla Magistratura Penale Militare.

Detto istituto riabilitativo, ai sensi dell'art. 73 c.p.m.p., non comporta la restituzione del grado perduto per effetto della condanna.

Tuttavia, a norma degli artt. 1430 e 1452 d.lgs. 66/2010 (T.U.O.M.), il beneficio *de quo* ripristina la concessione delle decorazioni, delle distinzioni onorifiche di guerra, nonché il riacquisto delle ricompense al valore e al merito perse in conseguenza della condanna, eliminando anche l'incapacità di conseguirle in futuro.

Con riferimento all'iniziativa, il Militare interessato e il Procuratore Generale Militare presso la Corte di Cassazione sono legittimati, una volta pronunciata la riabilitazione ordinaria di cui agli artt. 178 e 179 c.p., a chiedere la riabilitazione militare al Tribunale Militare di Sorveglianza; ciò al fine di ottenere l'estensione degli effetti della riabilitazione ordinaria alle pene militari accessorie e ad ogni altro effetto penale militare derivante dalla sentenza di condanna.

Dunque, come si evince dal tenore letterale dell'art. 72, comma 1, c.p.m.p., la riabilitazione ordinaria non estingue automaticamente le pene accessorie militari e gli effetti penali militari, i

quali possono essere dichiarati estinti solo a seguito della concessione della riabilitazione militare (art. 72, comma 2, c.p.m.p.).

Naturale corollario di quanto appena affermato è la conclusione secondo cui la sentenza di condanna può produrre sia effetti penali c.d. ordinari che effetti penali c.d. militari: soltanto i primi possono essere dichiarati estinti a seguito del provvedimento di riabilitazione concesso dal Tribunale di sorveglianza, nei modi e nelle forme previsti dal codice penale ordinario, mentre gli altri possono estinguersi solo a seguito della concessione della riabilitazione militare da parte del Tribunale Militare di sorveglianza.

Dal punto di vista, invece, delle condizioni applicative, la riabilitazione ordinaria prevista dagli artt. 178 e 179 c.p. costituisce un presupposto necessario e indefettibile della riabilitazione militare. Pertanto, solo laddove il militare abbia ottenuto la riabilitazione ordinaria – e, dunque, siano trascorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale è stata eseguita ovvero si è in altro modo estinta, nei quali l'interessato abbia dato prova effettiva e costante di buona condotta, abbia adempiuto alle obbligazioni civili derivanti da reato e non sia stato sottoposto a misura di sicurezza – potrà accedere al beneficio della riabilitazione militare.

Nonostante la dicotomia provvedimento ordinario – provvedimento militare costituisca il cardine del sistema, la riabilitazione militare riveste comunque un ruolo autonomo nella misura in cui la riabilitazione ordinaria è presupposto necessario ma non vincolante né sufficiente ai fini della concessione dell'omologo beneficio militare. In tale ottica, infatti, la Magistratura militare di sorveglianza dovrà valutare i requisiti rispetto ai quali è subordinata la concedibilità della riabilitazione militare in assoluta autonomia, prescindendo quindi dalle considerazioni e dalle valutazioni operate della Magistratura ordinaria, nonché valutare gli aspetti peculiari dello status di militare o, più in generale. A differenza dell'art. 179 c.p., né l'art. 72 c.p.m.p. né l'art. 412 c.p.m.p. contengono precise indicazioni sugli elementi che la Magistratura Militare dovrà prendere in considerazione al fine della concessione del beneficio, limitandosi ad imporre all'Autorità Giudiziaria Militare "*gli accertamenti che ritenga necessari*" (art. 412, comma 1, c.p.m.p.).

Ciò ha comportato lo sviluppo in dottrina di vari indirizzi interpretativi, finalizzati a delineare l'esatto perimetro dell'accertamento giudiziario necessario ai fini della concessione *de qua*. Secondo un primo orientamento, il Tribunale militare di sorveglianza deve valutare i medesimi elementi e le identiche circostanze già prese in esame dalla Magistratura Ordinaria; secondo altri autori, invece, la Magistratura militare dovrebbe compiere tutti gli accertamenti necessari, eventualmente ampliati rispetto a quelli del giudice ordinario in relazione allo status di militare. Infine, un'ulteriore opzione ermeneutica, al dichiarato scopo di ridimensionare la discrezionalità riconosciuta alla Magistratura militare di sorveglianza, ha affermato che quest'ultima dovrebbe valutare i medesimi elementi già presi in considerazione dal Tribunale di sorveglianza, ma con riferimento al solo lasso temporale successivo alla pronuncia della riabilitazione ordinaria.

La giurisprudenza, invece, dal canto suo ha costantemente avallato la seconda interpretazione proposta, secondo la quale i presupposti della riabilitazione ordinaria e militare sono contenutisticamente differenti; ciò nella misura in cui le condizioni su cui si fonda la riabilitazione militare sono di ordine squisitamente militare.

Pertanto, l'accertamento del Tribunale militare di sorveglianza dovrà concentrarsi sui dati fattuali propri del mondo castrense e dovrà valutare la concedibilità del beneficio riabilitativo alla luce delle specificità e dei principi propri dell'ordinamento militare.

2. Rilievi critici

Nell'esaminare la riabilitazione militare, appare corretto sostenere che, al riguardo, le norme contenute nel codice penale militare di pace, nel codice penale comune e nel codice di procedura penale consentono di delineare un meccanismo volto a richiedere come presupposto indefettibile la concessione della riabilitazione a norma della legge penale comune; infatti solo posteriormente a detta concessione potrà intervenire l'autorità giudiziaria militare che, compiuti gli accertamenti ritenuti necessari, deciderà se sussistano le condizioni per ordinare che gli effetti dell'ottenuta riabilitazione «siano estesi alle pene militari accessorie ed ad ogni altro effetto penale militare della sentenza».

Tale duplice meccanismo ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale in relazione alle ipotesi in cui alla condanna militare non conseguono pene accessorie ordinarie né effetti penali "comuni", e ove l'interessato mira dunque esclusivamente a far venir meno le pene militari accessorie e gli effetti penali militari derivanti dalla detta condanna militare[1].

In particolare, si è ritenuto che gli artt. 72 e 412 del c.p.m.p., recanti la disciplina, rispettivamente, dell'istituto della riabilitazione militare e del relativo procedimento, imponendo al condannato per reato militare che abbia già ottenuto la riabilitazione comune di instaurare un giudizio ulteriore, diretto alla riabilitazione militare, qualora intenda rimuovere i residui effetti penali militari della condanna, darebbe luogo ad un gravoso ed ingiustificato raddoppio di giudizi, regolati dalla medesima procedura ed aventi ad oggetto i medesimi elementi, realizzando per l'effetto una disparità di trattamento a danno di tali condannati, in violazione dell'art. 3 della Costituzione. In altri termini è stata rilevata criticamente la violazione del principio costituzionale della parità di trattamento tra i condannati per i reati militari che devono sottoporsi ad un doppio accertamento da parte della magistratura ordinaria e di quella militare ed i condannati per reati comuni che invece sono sottoposti ad unico accertamento. Peraltro è stato osservato come tale duplicità procedimentale potrebbe risultare inane laddove – nelle ipotesi di sentenza militare di condanna a cui risultano collegate solo pene militari accessorie od altri effetti penale militari – l'accertamento compiuto dal Tribunale ordinario di sorveglianza e da quello militare si sostanziano in concreto negli stessi elementi valutativi.

L'adito giudice delle leggi ha, tuttavia, dichiarato inammissibile la prospettata questione di illegittimità costituzionale delle norme sopra richiamate, osservando che «La riabilitazione militare, a norma dell'art. 72 del c.p.m.p., ha la funzione specifica di estinguere le pene militari accessorie e gli altri effetti penali militari. Essa costituisce un'eccezione («salvo che la legge disponga altrimenti») alla regola, fissata dall'art. 178 del codice penale, che attribuisce alla riabilitazione comune la funzione di estinguere «le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna[2]». La Consulta ha altresì sottolineato che «le condizioni cui è subordinata la riabilitazione militare sono di ordine squisitamente militare, essendo il giudizio diretto alla reintegrazione dell'onore militare, alla stregua dei valori propri di quel consorzio ed ai peculiari riflessi della condanna sullo *status* militare».

Con tale pronuncia la Corte Costituzionale ha, dunque, cristallizzato la tipicità dell'istituto della riabilitazione militare evidenziando la peculiarità dell'accertamento che deve compiere il Tribunale militare di sorveglianza, che non si risolve in un inconcludente doppio accertamento basato sugli stessi elementi considerati dal Tribunale ordinario di sorveglianza ma in un necessario giudizio avente quale suo fulcro l'onore militare.

[1] L'istituto della riabilitazione ed i suoi risvolti critici è stato illustremente ed esaustivamente affrontato da P. RIVELLO, in *Procedimento militare, Giuffrè editore, 2010, pp. 331 ss.*; nonché, da ultimo, ID., *Manuale del diritto e della procedura penale militare,* Giappichelli, 2021, p. 153 ss.

[2] C. Cost., sent. 3 maggio 1993 n. 211, in Cass. pen., 1994, p. 258.

D'altro canto come osservato in diverse pronunce della Suprema Corte, ancor prima dell'intervento della Corte Costituzionale, «le condizioni cui è subordinata la riabilitazione militare sono [invece] di ordine squisitamente militare tanto che l'organo competente a concederla può compiere accertamenti ai sensi dell'art. 5 del r.d.l. 3 settembre 1936, n. 1847, e deve tener conto, oltre che dei risultati di tali accertamenti, anche dei pareri espressi dai comandanti militari. Discende dalla disciplina normativa dei due istituti che i fini perseguiti dalla riabilitazione militare sono diversi da quelli per cui viene conceduta la riabilitazione comune, per la quale è sufficiente che il condannato dia 'prove effettive e costanti di buona condotta', mentre la buona condotta può non essere sufficiente alla reintegrazione dell''onore militare'[3]».

Quanto agli effetti della riabilitazione militare relativamente alla perdita del grado conseguente alla condanna, l'art. 73 comma 2 c.p.m.p. sancisce che «salvo che la legge disponga altrimenti, la riabilitazione militare non restituisce il grado perduto per effetto della condanna». Un quadro normativo completo non può tuttavia prescindere dal prendere in esame il disposto dell'art. 872 d.lgs. n. 66/2010 che al comma due prevede espressamente che, nel caso di applicazione della pena accessoria della rimozione, la reintegrazione può essere concessa solo qualora il militare interessato abbia precedentemente ottenuto la riabilitazione a norma della legge penale militare[4].

Dal combinato disposto di tali norme si evince, pertanto, che sebbene l'ottenuta riabilitazione militare non restituisce il grado perduto è tuttavia presupposto necessario per poter ottenere siffatta reintegrazione.

Un altro aspetto che è stato oggetto di rilievi critici riguarda il caso in cui la riabilitazione comune sia stata erroneamente concessa dal Tribunale di sorveglianza sulla base di presupposti erronei o mancanti. Una parte della dottrina ritiene che in tal caso i magistrati militari potrebbero respingere l'istanza rilevando l'assenza di quei presupposti erroneamente non considerati dal Tribunale di sorveglianza; in senso contrario altra parte della dottrina osserva che tale tesi non trova avallo nel dettato normativo di cui all'art. 412 co. 1 ultima parte c.p.m.p. laddove limita la competenza del Tribunale militare di sorveglianza agli accertamenti necessari diretti a valutare se sia possibile estendere gli effetti dell'ottenuta riabilitazione alle pene militari accessorie e a ogni altro effetto penale militare della sentenza; escludendo, quindi, la competenza della magistratura militare ad intervenire sull'operato della magistratura ordinaria.

Venendo ai soggetti legittimati a chiedere la riabilitazione[5] l'art. 412 co. 1 c.p.m.p. stabilisce che la domanda può essere presentata a domanda della persona riabilitata a norma della legge penale comune. Anche tale disposizione è stata sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui detta norma non consente agli eredi del militare che, avendo già ottenuto la riabilitazione ordinaria, sia deceduto prima di chiedere quella militare, di agire in sua vece per ottenere la riabilitazione militare. La Consulta ha dichiarato la prospettata questione inammissibile, rilevando che l'individuazione dei soggetti legittimati è affidata all'apprezzamento discrezionale del legislatore, sindacabile solo quando integri arbitrio perché irrazionale o non giustificato[6].

Infine, prendiamo in esame i rapporti tra l'istituto della riabilitazione e una pronuncia di applicazione pena su richiesta ex art. 444 c.p.p..

---

[3] Cass., sez. I, 6 maggio 1991, Giaquinto, cit., p. 660. In senso analogo anche Cass., sez.I, 15 ottobre 1990, Rea, in Cass. pen., 1992, p. 657.

[4] P. RIVELLO, in *Procedimento militare,* cit*.,* p.334; ID., *Manuale del diritto penale e dell'ordinamento giudiziario militare,* Giappichelli, 2019, p. 135 ss.

[5] Ai sensi del secondo comma dell'art. 412 c.p.m.p. la decisione circa la concessione della riabilitazione militare può essere pronunciata altresì a seguito di richiesta di ufficio del procuratore generale militare della Repubblica.

[6] C. Cost., sent. 3 maggio 1993 n. 211, p. 258.

In particolare, con riferimento all'interesse ad avvalersi dell'istituto della riabilitazione nell'ipotesi di pronuncia di applicazione della pena, esso può certamente sussistere in presenza del cosiddetto patteggiamento allargato.

Va infatti riconosciuto che mentre nel caso di patteggiamento "tradizionale" gli effetti ottenibili con la riabilitazione conseguono di diritto alla pronuncia di applicazione pena (giacché ai sensi dell'art. 445 c.p.p. la sentenza prevista dall'art. 444 co. 2 c.p.p. non comporta l'applicazione di pene accessorie e se nel termine di cinque anni l'imputato non commette un reato della stessa indole si estingue ogni effetto penale) tali benefici non si applicano nel caso di patteggiamento "allargato", ragion per cui in tal caso può sussistere l'interesse ad ottenere la riabilitazione[7].

Invero ben può accadere che un individuo intenda avvalersi dell'istituto della riabilitazione anche qualora siano decorsi tre anni dalla data in cui la pena applicata per il delitto sia stata eseguita ma non siano decorsi ancora i cinque anni richiesti dall'art. 445 co.2 c.p.p. per l'estinzione del delitto e la cessazione di ogni effetto penale; in tal caso la riabilitazione permette di anticipare di due anni gli effetti altrimenti conseguibili ai sensi del detto art. 445 co. 2 c.p.p.

[7] P. RIVELLO, *in Procedimento militare,* cit.*,* p. 334.

Violenza contro inferiore ed omicidio volontario: giurisdizione militare ed ordinaria tra abuso di funzioni ed abuso di qualità

La pronuncia della Cassazione Penale Sez. I^ n. 17091 del 04.05.2021; considerazioni circa il regime della responsabilità da reato della P.A. ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Violence against Inferior and Voluntary Homicide: Military and Ordinary Jurisdiction between Abuse of Functions and Abuse of Quality The ruling of the Criminal Cassation Section I^ n. 17091 of 04.05.2021; Considerations Regarding the Criminal Liability Regime of the Public Administration Pursuant to art. 2049 of the Italian Civil Code

Massimiliano Strampelli

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. Le tesi a confronto in ordine al fenomeno del "nonnismo": la giurisdizione militare basata sulla *strumentalizzazione del rapporto gerarchico.* La penale rilevanza del potere *di fatto* e la tutela rafforzata della posizione del militare inferiore in grado. – 4. Il diverso orientamento della Corte di Cassazione in ordine all'inconfigurabilità del rapporto gerarchico/funzionale ed al reato di abuso di autorità nei fatti di "nonnismo*": dalla pronuncia della I^ Sez. n. 4139 del 14.04.1995 all'ultima pronuncia nel caso *Scieri*. – 5. La responsabilità civile dell'A.D. per il fatto illecito del proprio dipendente: l'ipotesi dell'applicazione della responsabilità ex art. 2049 c.c. alle condotte di "nonnismo" alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione Civile n. 13246 del 16.05.2019.

1. Premessa

La ormai (tristemente) nota vicenda della morte del paracadutista Emanuele Scieri avvenuta all'interno della caserma "Gamerra" di Pisa il 13 agosto 1999 ha avuto uno snodo fondamentale con il deposito delle motivazioni della Suprema Corte in ordine alla risoluzione del conflitto di giurisdizione tra autorità giudiziaria militare ed ordinaria.
La richiamata pronuncia n. 17091 della Prima Sezione – al di là dei risvolti mediatici e di cronaca giudiziaria – pone agli operatori del settore e quindi al Legislatore – la necessità di un'ormai improcrastinabile riforma della giurisdizione militare che segni in maniera inequivocabile i limiti della propria sfera di azione rispetto a quelli della Magistratura ordinaria.

2. Il fatto

Il Procuratore Generale Militare formulava richiesta di rinvio a giudizio (dopo l'avocazione delle indagini) al Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale Militare di Roma che conseguentemente fissava l'udienza preliminare nei confronti di Z.L., P.A. e A.A. imputati del reato previsto dall'art. 195 c.p.m.p., commi 1 e 2, (in relazione all'art. 575 c.p., n. 4 e art. 61 c.p. n. 4), art. 61 c.p., n. 5 c.p. e art. 47 c.p.m.p., n. 2.

L'imputazione del reato di violenza contro l'inferiore addebitava ai predetti di avere, in concorso, il 13 agosto 1999, all'interno della caserma Gamerra di Pisa quali militari con il grado di caporale presso il Reparto corsi del Centro Addestramento di Paracadutismo, cagionato la morte dell'allievo paracadutista Scieri Emanuele, ponendo in essere, contro tale inferiore, per cause non estranee al servizio e alla disciplina del militare, atti di violenza e omettendo, dopo i gravi traumi in tal modo cagionatigli, di attivare i necessari soccorsi così da poter evitare il decesso.

Per gli stessi fatti, in data successiva all'udienza preliminare del G.u.p. presso il Tribunale Militare di Roma era già altresì fissata udienza preliminare presso il Tribunale ordinario di Pisa, in

ordine ai medesimi imputati, ai quali si contestava il reato previsto dall'art. 110 c.p., art. 575 c.p. e art. 577 c.p., comma 1, n. 4) in relazione all'art. 61 c.p. n. 1), per aver cagionato, agendo in concorso tra loro, la morte di Emanuele Scieri nelle stesse circostanze di tempo e di luogo di cui sopra, attraverso condotte di violenza poste in danno dell'allievo, la cui descrizione, di contro, escludeva ogni derivazione da cause inerenti al servizio e alla disciplina militare.

Il G.u.p. militare – sulla denuncia di conflitto di giurisdizione presentata dalle difese degli imputati – rimetteva gli atti alla Corte di Cassazione osservando tuttavia di ritenere sussistente la giurisdizione militare in ragione della ricorrenza nel caso di specie delle ragioni attinenti comunque al "servizio e alla disciplina" di cui all'art. 199 c.p.m.p. che avrebbero connotato la condotta degli imputati.

In particolare osservava il giudice militare che il limite negativo all'applicazione della fattispecie incriminatrice speciale di abuso di autorità di cui al Capo IV^ del c.p.m.p. (contenente il reato di violenza contro inferiore) può operare solo quando i fatti non abbiano alcun coinvolgimento con la funzione del militare, con il grado del medesimo; rilevava altresì che l'assenza di qualsiasi pregresso rapporto tra gli imputati e la vittima evidenziava la correttezza della ritenuta giurisdizione militare posto che la descritta condotta non avrebbe potuto realizzarsi se non nello specifico contesto militare in ragione della sovraordinazione gerarchica degli imputati.

Differenti erano invece le conclusioni del giudice ordinario che rappresentava alla Corte le sue osservazioni ai sensi dell'art. 31 co. 2 c.p.p.

Rilevava al riguardo il G.u.p. presso il Tribunale di Pisa che in capo agli imputati non esisteva un rapporto gerarchico e funzionale diretto rispetto alla persona offesa.

Gli stessi, infatti, non solo non erano effettivi nel reparto di addestramento delle reclute ma al momento del fatto non erano neppure in servizio essendo, al pari della vittima, in orario di libera uscita ed in abiti civili.

Analogamente sarebbe risultato inesistente il divieto di utilizzare il telefonino all'interno della caserma ed in quell'orario che, secondo l'assunto dell'A.G.M., avrebbe indotto gli imputati a contestarne la violazione allo Scieri per poi "punirlo" in modo esemplare.

In ordine al peculiare profilo della condotta evidenziava, altresì, il giudice ordinario che la costrizione "dell'arrampicata a sole braccia del palco di salita" non era contemplata come esercizio nella formazione degli allievi paracadutisti, così come non ricorreva alcun obbligo di prestare soccorso in capo agli imputati posto che, differentemente da quanto ipotizzato dall'A.G.M., il decesso della persona offesa sarebbe avvenuto in modo pressoché istantaneo.

3. Le tesi a confronto in ordine al fenomeno del "nonnismo": la giurisdizione militare basata sulla *strumentalizzazione del rapporto gerarchico.* La penale rilevanza del potere *di fatto* e la tutela rafforzata della posizione del militare inferiore in grado

La giurisprudenza in passato ha inizialmente oscillato nell'individuazione di un'interpretazione certa circa la giurisdizione e conseguentemente l'Autorità giudiziaria, militare od ordinaria, che dovesse giudicare in ordine a fatti rientranti nel grave fenomeno del c.d. "nonnismo".

Tali fatti come è noto possono manifestarsi in una congerie di condotte tali da integrare uno spettro ipoteticamente ascendente dall'ingiuria, alle percosse fino alle forme più gravi di lesioni se non addirittura a condotte letali nelle forme del tentativo o dell'omicidio consumato.

Ciò che certamente consente di ricondurre ad un unico fattor comune le molteplici condotte è il contesto di sopraffazione e di vessazione ambientale in cui si manifesta – nell'ambito di relazioni sociali "*distorte"* – il dominio del gruppo sull'individuo attraverso l'esercizio di modalità violente dei "nonni" nei confronti degli individui più giovani e/o di quelli individuati come più deboli.

Sul punto la giurisprudenza ha dovuto confrontarsi con l'interpretazione dell'art. 199 del c.p.m.p. e sulle inevitabili difficoltà interpretative sorte riguardo ad esso.

L'art. 199 c.p.m.p. nella sua attuale formulazione, derivante dalla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale (Corte Costituzionale n. 22 del 1991) prescrive che «*le disposizioni dei capi terzo e quarto non si applicano quando alcuno dei fatti da esse preveduto è commesso per cause estranee al servizio e alla disciplina militare, fuori dalla presenza dei militari riuniti per servizio o a bordo di una nave militare o di un aeromobile militare».*

Per effetto di tale fondamentale pronuncia – dunque – il Giudice delle Leggi ha escluso la non operatività della causa di esclusione dei reati di cui al capo terzo e quarto (tra cui appunto il reato di abuso di autorità ex art. 195 c.p.m.p.) per il solo fatto che le condotte, pur al di fuori dello svolgimento del servizio (in cui *naturaliter* si fonda il rapporto gerarchico/funzionale), si fossero svolte all'interno di "luoghi militari".

Ripercorrendo – per quanto utile ai fini della nostra disamina – il ragionamento dei giudici della Corte Costituzionale l'accadimento all'interno di un "luogo militare" non è sufficiente a connotare di *militarità* l'ipotetico reato quando il fatto storico appaia del tutto *estrinseco* alla tutela del rapporto gerarchico in senso stretto, in nulla afferendo alla violazione di doveri di comportamento derivanti dallo svolgimento delle funzioni.

L'accadimento per tanto di un fatto – sebbene penalmente rilevante – all'interno di uno spazio "militare" non può di per sé integrare la disciplina speciale di cui al capo terzo e quarto del Libro Secondo del c.p.m.p.- potendo viceversa integrare diverse fattispecie di reato militare (quelle previste dagli artt. da 222 a 229 del c.p.m.p.) o di reato ordinario come, appunto, quello di omicidio volontario di cui all'art. 575 del c.p.

Invero, con una significativa e coraggiosa pronuncia di merito del Giudice dell'Udienza Preliminare presso il Tribunale militare di Roma (G.u.p. T.M. Roma 30 novembre 1994, Giud. Mazzi, c.Rea) la Giustizia militare aveva provato a sostenere la propria giurisdizione e, per essa la configurabilità dei reati speciali contro la disciplina (tra cui appunto il reato di cui all'art. 195 c.p.m.p.) adottando la controversa figura della *strumentalizzazione* del potere gerarchico.

Sulla scorta di autorevole dottrina – infatti – il G.u.p. del T.M. di Roma aveva revocato in dubbio il pacifico assunto che riteneva necessario – ai fini della configurazione del reato di *abuso di autorità* – la derivazione immediata e diretta del fatto con il rapporto gerarchico e con la disciplina in senso stretto.

Trattasi – questa – di una lettura volta a ricondurre anche lo *sviamento* di una posizione di autorità per fini prevaricatori o vessatori, comunque nell'ambito applicativo della generica figura dell'*abuso di autorità* ex art. 195 c.p.m.p. che non contempla alcuna ulteriore specificazione.

La pronuncia del G.u.p. presso il T.M. di Roma riecheggia quell'autorevole Dottrina che sostiene doversi ricomprendere nel lato concetto di abuso di autorità sia quello di funzioni (in senso stretto) che quello della *qualità*.

Spesso infatti – sostiene tale Dottrina – l'abuso di *qualità* appare significativamente più grave (in un'ipotetica scala di disvalore della condotta) rispetto a fatti in cui l'abuso delle funzioni in senso proprio sia stato realizzato eccedendo dai limiti normativi e regolamentari dettati per l'esercizio delle medesime.

Applicando tale nuovo canone interpretativo dunque il giudice dovrebbe valorizzare la figura *dell'abuso di posizione* per sostenere la sussistenza del reato di cui all'art. 195 del c.p.m.p. e la giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Militare.

La particolarità del rapporto gerarchico c.d. "discendente" pone infatti il militare *inferiore in grado o per anzianità di servizio* nella convinzione di doversi adeguare anche a manifestazioni *distorte* dell'autorità militare, quand'anche quest'ultima venga *strumentalizzata* per ragioni estranee al servizio e alla disciplina come avviene appunto nei casi di c.d. "nonnismo".

È innegabile che in tali casi oltre alla lesione dei beni giuridici della persona si concreti un palese ed altrettanto grave *vulnus* al corretto svolgimento del rapporto gerarchico militare con suo sviamento dalle finalità istituzionali proprie con conseguente giustificazione dell'intervento della giurisdizione militare a tutela del buon andamento della Forza Armata.

Appare pertanto evidente che – tornando al caso *Scieri* – le ragioni per cui il Giudice militare aveva ritenuto la propria giurisdizione derivino dalle medesime che avevano indotto il G.u.p. militare del 1994 a ritenere la propria giurisdizione.

È facile immaginare che la Magistratura militare attesa la *ratio* dell'art. 195 c.p.m.p., abbia inteso rafforzare con tale interpretazione la tutela della parte debole del rapporto gerarchico da soprusi, vessazioni o prevaricazioni che elidono il fine della potestà conferita al superiore ed al suo grado.

In questo modo non possono sfuggire ai rigori della legge penale militare posizioni di potere *di fatto* che per avventura (come spesso nei casi di c.d. *nonnismo)* abbiano trovato il loro *humus* in malintese deleghe di funzioni *disciplinari* per ignavia o consapevole scelta dei superiori che abbiano, in qualche modo, abdicato alle loro funzioni di comando.

Al riguardo giova ricordare che la stessa A.M.M.I. aveva previsto con gli artt. 34 e 35 del *Progetto di Riforma della legge penale militare* un complessivo riassetto della materia in ragione dell'esigenza di contrasto ai fenomeni di "nonnismo".

4. Il diverso orientamento della Corte di Cassazione in ordine all'inconfigurabilità del rapporto gerarchico/funzionale ed al reato di abuso di autorità nei fatti di "nonnismo*": dalla pronuncia della I^ Sez. n. 4139 del 14.04.1995 all'ultima pronuncia nel caso Scieri*

Le conclusioni a cui era giunta la Dottrina (e per essa il T.M. di Roma nel 1994) non hanno trovato conferma nelle decisioni successive della Suprema Corte che anzi ha ipotizzato la ricorrenza – per gli episodi di c.d. "nonnismo" – della causa di esclusione dell'applicabilità dello statuto speciale dei reati contro la disciplina ed il servizio di cui all'art. 199 c.p.m.p.

Sul punto appare significativa di tale orientamento la pronuncia della Prima Sezione della Cassazione Penale n. 4139 del 14 aprile 1995.

Nel caso di specie l'oggetto del procedimento riguardava un imputato che come "anziano" abusando del suo grado aveva percosso una recluta colpendola con un manico di scopa sulla schiena dopo averla costretta ad effettuare numerosi piegamenti sulle braccia.

In questo caso nel giudizio di merito il T.M. di La Spezia riqualificando l'originaria imputazione di violenza ad inferiore (art. 195 c.p.m.p.) avanzata dalla Procura aveva ravvisato il diverso reato di percosse (art. 222 c.p.m.p.) dichiarato non procedibile per assenza di richiesta del Comandante di Corpo ed il proprio difetto di giurisdizione per l'ulteriore reato configurabile di violenza privata (art. 610 c.p.) per cui venivano trasmessi gli atti all' A.G.O.

La Suprema Corte si pronunciava a seguito di ricorso *per saltum* essendo investita dalla Procura Militare della questione dell'applicabilità – nel caso in esame – della fattispecie di cui all'art. 199 c.p.m.p. e della ricorrenza o meno delle "cause estranee al servizio o alla disciplina militare".

Il ricorso del Procuratore Militare infatti si basava proprio sulle argomentazioni di quella Dottrina e giurisprudenza di merito che ritengono configurabile la sussistenza del fatto commesso per cause attinenti al servizio e alla disciplina militare anche quando il fine sia quello di turbare l'ordine e la disciplina mediante l'abuso dell'autorità che discende dal grado.

La Suprema Corte non ha aderito a quest'impostazione.

Il ragionamento dei giudici della Suprema Corte muove, peraltro, dalla *ratio legis* dell'art. 199 c.p.m.p. come autenticamente interpretata con la sentenza n.22 del 24 gennaio 1991 della Corte Costituzionale che ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma *in parte quo* allorché ravvisava l'applicabilità delle norme del c.p.m.p. poste a tutela della scala gerarchica ascendente o discendente, pur se estranee a ragioni di servizio e disciplina quando la condotta venisse perpetrata "in luoghi militari".

Per la Corte l'irrinunciabile tutela della disciplina militare comporta che solo *durante* il servizio siano rigorosamente garantiti il rispetto del rapporto gerarchico oltre che l'osservanza dei doveri di comportamento del superiore inerenti alle proprie *funzioni.*

Non vi sarebbe, in sostanza, spazio per l'applicazione delle norme costituenti lo "statuto speciale" della tutela della disciplina e del servizio (Capi III^ e IV^, Titolo III del Libro II tra cui appunto l'art. 195 c.p.m.p.) rispetto a quelle situazioni in cui i rapporti tra reo e persona offesa non siano "obiettivamente" militari.

Conclude infatti la Corte che «*dette deprecabili condotte (rectius nonnismo) potranno essere perseguite a norma di altre disposizioni del c.p.m.p. ovvero del cod. pen. ordinario ricorrendone le rispettive condizioni…per non essere poste in essere per motivazioni inerenti al servizio e alla disciplina militare».*

Anche questa è stata la soluzione interpretativa della Suprema Corte per risolvere il conflitto di giurisdizione in ordine alla specifica vicenda *Scieri.*

Nel richiamato arresto giurisprudenziale – da ultimo – affermano i giudici di legittimità che «*l'evocazione della pratica del nonnismo operata dal Giudice militare segna in sé l'allontanamento dei tratti della condotta dall'essenza dello svolgimento del servizio in cui si innesta il rapporto gerarchico – disciplinare, in modo da deporre nel senso dell'applicazione dell'esclusione contemplata dall'art. 199 c.p.m.p.».*

Valorizzando i dati emersi dalle indagini infatti la Corte evidenzia una molteplicità di "indizi" sintomatici dell'assenza di rapporti tra la condotta degli imputati ed il servizio militare in senso stretto inteso come assolvimento di funzioni istituzionali.

Infatti gli autori della condotta erano al momento dei fatti destinatari di una licenza breve e la vittima era appena rientrata dalla libera uscita.

In ordine al rapporto gerarchico la Corte esclude che lo stessa possa altresì configurarsi in ordine all'assenza di una precisa relazione funzionale diretta (superiore-inferiore) attesa la collocazione degli imputati e della vittima nel rispettivo organigramma militare.

L'assenza di un'attività di servizio – al momento del fatto – così come la circostanza che tutti i soggetti interessati fossero in abiti civili esclude di per sé la obiettiva "militarità" del fatto.

La caserma è dunque solo il luogo in cui si verifica il fatto e come tale inidoneo – ai sensi dell'art. 199 c.p.m.p. così come modificato dalla pronuncia n. 22/91 della Corte Costituzionale – a determinare per ciò solo la ricorrenza di cause attinenti al servizio o alla disciplina militare.

In linea con l'assenza di ragioni di servizio osserva ancora la Corte è l'impossibilità di ricondurre l'atto di costrizione (alla risalita sulla scala della torre di prosciugamento dei paracadute) ad un'attività di addestramento sgombrando così il campo dalla sussistenza comunque di un rapporto gerarchico in atto al momento dei fatti.

Poste queste premesse – dunque – non sarebbe possibile ipotizzare la violazione di un qualsivoglia dovere militare nella condotta degli imputati che non siano quelli delle primarie regole di convivenza e rispetto umano.

Indimostrata inoltre appare la circostanza che la vittima avesse violato un'(inesistente) norma che vietasse l'utilizzo del telefono cellulare e che per tale circostanza fosse stata "punita" dagli anziani posto che, per altro, come già detto il fatto sarebbe avvenuto fuori dall'orario di servizio.

Infine non trova riscontro neppure lo specifico dovere militare di soccorso ipotizzato a carico degli imputati quali superiori in grado posto che – dagli atti di causa – sarebbe emerso in relazione alla dinamica della caduta che il politraumatismo avrebbe determinato l'insorgenza dell'evento-morte in tempi pressoché istantanei in modo da frustrare qualsiasi possibilità di salvataggio.

Dunque – conclude la Corte – la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario e la correttezza dell'imputazione di omicidio volontario a norma del codice penale comune.

5. La responsabilità civile dell'A.D. per il fatto illecito del proprio dipendente: l'ipotesi dell'applicazione della responsabilità ex art. 2049 c.c. alle condotte di "nonnismo" alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione Civile n. 13246 del 16.05.2019

Particolarmente attinente alla questione che ci occupa è il regime della responsabilità civile della P.A. per il fatto illecito del dipendente che, come nel caso di specie, in quanto legato alla medesima da un rapporto di servizio abbia posto in essere a danno di terzi condotte, pur integranti reato, ascrivibili alla categoria del c.d. "nonnismo".

Da un lato la prevalente giurisprudenza civile di legittimità ha ravvisato il fondamento della responsabilità dello Stato nell'art. 28 della Costituzione – la cui *ratio* è quella di un più agevole conseguimento del risarcimento del danno da parte del danneggiato, in virtù del solo rapporto di *immedesimazione organica* trattandosi di responsabilità diretta e come tale per fatto proprio. Per effetto di tale orientamento, infatti, ogni attività del militare sarebbe direttamente imputabile alla P.A. quando pur *abusando del potere* la stessa sia comunque riconducibile all'espletamento di funzioni istituzionali.

Ne conseguirebbe, in applicazione di questa tesi, l'esclusione di responsabilità dello Stato in tutti quei casi in cui la condotta fosse comunque sorretta da un fine egoistico, privato, se non addirittura illecito in quanto contrario ai fini istituzionali dell'Ente (sul punto può richiamarsi *ex multis* Cass. 12/04/2011 n. 8306; Cass. 08/10/2007 n. 20986; Cass. 21/11/2006 n. 24744).

La giurisprudenza penale – tuttavia – aveva in tempi recenti già avversato il prevalente orientamento della Cassazione civile riconoscendo la responsabilità civile della P.A. anche quando le condotte degli imputati fossero mosse da finalità esclusivamente private, personali, attraverso la commissione di reati dolosi che fossero originati, sfruttando quale *occasione necessaria,* l'adempimento di funzioni pubbliche. Tale tesi peraltro, arriva a riconoscere la responsabilità della P.A. quand'anche il reato sia la conseguenza di un *imprevedibile ed eterogeneo sviluppo* di un non corretto esercizio di funzioni pubbliche in applicazione del criterio prescritto dall'art. 2049 c.c. (vedi *ex multiis* Cass. Pen. 20/01/2015 n. 13799; Cass. Pen. 03/04/2017 n. 35588).

La giurisprudenza amministrativa è poi ferma nel ritenere – analogamente a quella civile – interrotta l'imputazione giuridica dell'attività posta in essere dal funzionario allorché gli atti di quest'ultimo siano posti in essere perseguendo un interesse privato ed avulso dalle finalità istituzionali dell'Ente (Cons. Stato Sez. VI^, 14/11/2014 n. 5600; Cons. Stato Sez. V^, 04/03/2008 n. 890).

Sulla scorta di tali orientamenti – dunque – *quid iuris* ove la vittima di atti di "nonnismo" o i familiari della medesima agiscano in sede risarcitoria avverso l'Amministrazione della Difesa per fatti dei propri dipendenti o funzionari commessi con modalità di "nonnismo"?

La soluzione è stata fornita dalla fondamentale pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione Civile n. 13246 del 16.05.2019 che si è pronunciata sul corretto ambito di applicazione dell'art. 2049 c.c. in relazione all'ipotesi di responsabilità della P.A. per fatto del proprio dipendente (costituente reato) quando quest'ultimo abbia approfittato delle proprie attribuzioni per finalità estranee a quelle della P.A.

La Suprema Corte ha infatti inteso aderire alla teoria del c.d. *nesso dell'occasionalità necessaria* che riconosce l'imputazione alla P.A. degli effetti della condotta anche dolosa del proprio dipendente e/o preposto in ragione del principio generale di riallocazione dei costi delle condotte dannose: dunque una responsabilità oggettiva ed indiretta per il fatto altrui che trova ragione nel brocardo del *cuius commoda eius et incommoda.*

Afferma infatti la Corte in un passaggio centrale della richiamata sentenza a Sezioni Unite che «*il nesso di occasionalità necessaria sussiste nella misura in cui le funzioni esercitate abbiano determinato, agevolato o reso possibile la realizzazione del fatto lesivo, nel qual caso è irrilevante che il dipendente abbia superato i limiti delle mansioni affidategli, od abbia agito con dolo e per finalità strettamente personali; alla condizione però che la condotta del preposto costituisca pur*

sempre il non imprevedibile *sviluppo del corretto esercizio delle mansioni, non potendo il preponente essere chiamato a rispondere di un'attività del preposto che non corrisponda, neppure quale degenerazione od eccesso, al normale sviluppo di sequenze di eventi connesse all'espletamento delle sue incombenze».*

Il fondamento giuridico della responsabilità civile della P.A. dunque sulla ragionevole possibilità di prevenire le deviazioni dei poteri conferiti ai preposti o, comunque, sulla possibilità di tenerne conto nell'organizzazione dei rischi; così è dunque ragionevole ritenere che la P.A. posse rispondere di tutte quelle condotte che secondo un giudizio *probabilistico* siano statisticamente realizzabili (di probabile verificazione) secondo il canone del *più probabile che non* in un dato contesto storico ed ambientale.

Una lettura di questo tipo dell'ambito di applicazione dell'art. 2049 c.c. costituisce indubbiamente una progressione verso profili di maggior tutela della vittima atteso l'oggettivo ampliamento dell'ambito di responsabilità della P.A. rispetto agli ambiti forniti dalla tradizionale tesi della responsabilità diretta dello Stato per immedesimazione organica ex art. 2043 c.c.

Con riferimento al deprecabile fenomeno del c.d. "nonnismo" o comunque a tutta la congerie di condotte eccedenti l'ordinaria "goliardia" è facile ipotizzare che il *focus probatorio* dovrà principalmente incentrarsi sull'omessa valutazione dei rischi da parte dei Comandanti rispetto a quelle attività materiali che possano costituire occasione di *contatti sociali* forieri di travalicare i limiti dell'ordinario svolgimento di mansioni istituzionali per assumere il pretesto e dunque l'occasione per porre in essere condotte penalmente rilevanti.

In ragione di tale criterio il rischio sarà facilmente più apprezzabile in Enti addestrativi o particolari Corpi connotati storicamente da *tradizioni* suscettibili di *deviazioni* penalmente apprezzabili.

Trattasi di un giudizio probabilistico di "regolarità causale" che il giudice dovrà principalmente effettuare secondo un principio di causalità efficiente desumibile dall'art. 41 del c.p. dovendosi imputare alla P.A. l'evento in base a regole esclusivamente statistiche.

Non è questa per altro la sede per esaminare le differenze tra causa, occasione e concausa, dovendosi soltanto sottolineare l'esigenza che l'Amministrazione risponda del fatto ogni qualvolta questo non si sarebbe verificato senza l'esercizio delle funzioni o delle attribuzioni o dei poteri pubblicistici.

La conseguenza – per quanto invece a noi interessa – è l'integrale applicazione della disciplina della responsabilità extracontrattuale a favore della vittima del reato di nonnismo.

Valgono – dunque- le regole già enunciate in sede di accertamento del nesso causale; l'elisione del nesso in ipotesi di fatto naturale o del terzo o del danneggiato idoneo di per sé a determinare l'evento; la regola generale dell'art. 1227 c.c. in tema di concorso del fatto colposo del danneggiato; il termine quinquennale di prescrizione (o quello più lungo previsto nel caso di reato) dell'azione risarcitoria in uno alla presunzione di responsabilità in capo alla P.A. salvo prova contraria da fornirsi nei termini di cui all'art. 2049 c.c..

Resta comunque la sensazione che l'operatore del diritto si trovi a navigare "a vista" in una materia caratterizzata da un'impellente necessità di riforma del sistema della giustizia militare per l'esigenza di evitare sovrapposizioni di competenze e declaratorie di giurisdizione (ad anni dalla conclusione delle indagini) che portano con sé inaccettabili dispendi di risorse, con pregiudizio per la Giustizia, per il principio costituzionale di ragionevole durata dei processi e per i diritti degli imputati e delle parti offese da reato.

Documentazione e giurisprudenza dell'Unione Europea

a cura di Susanna Fortunato

La sentenza della Corte di Giustizia *B. K. contro Republika Slovenija (ministrstvo za obrambo)* sull'orario di lavoro degli appartenenti alle Forze Armate

The Decision of the Court of Justice B. K. v Republika Slovenija (ministrstvo za obrambo) on the Working Hours of Members of the Armed Forces

Susanna Fortunato

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il caso di specie. – 3. Il contesto normativo di riferimento. – 4. I punti salienti della sentenza della corte di giustizia. – 5. Brevi considerazioni. – 6. I riflessi della sentenza *BK* sulla legislazione italiana.

1. Introduzione

La sentenza riportata qui di seguito[1] si impone all'attenzione di questa rubrica in ragione della particolare rilevanza delle sue statuizioni riguardo alla spinosa questione dell'applicabilità o meno della direttiva 2003/88/CE[2] in tema di organizzazione dell'orario di lavoro anche ai membri delle Forze Armate degli Stati membri.

Com'è noto, la direttiva citata detta una serie di prescrizioni minime sull'orario di lavoro, toccando, in particolare, i seguenti profili: il periodo minimo di riposo giornaliero; le pause; il riposo settimanale; la durata settimanale del lavoro fissata a 48 ore; le ferie annuali.

Tutte disposizioni che, come emerge dai c.d. considerando della Direttiva[3], sono rivolte allo scopo ultimo di proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori, in combinato disposto con quanto previsto dalla Direttiva 89/391/CEE[4].

L'argomento toccato, come ben si comprende, è particolarmente delicato alla luce delle implicazioni che da esso discendono non solo dal punto di vista della tutela e sicurezza dei lavoratori, ma anche dal punto di vista del rispetto dell'area di competenza esclusiva della sovranità nazionale, rispetto alla quale uno dei profili più importanti riguarda proprio l'organizzazione delle Forze Armate ai fini della tutela della sicurezza nazionale e dell'integrità territoriale.

L'interesse suscitato dalla pronuncia è ancor più vivo per via del fatto che si tratta del primo caso in cui la Corte di occupa specificatamente del tema[5].

La pubblicazione della sentenza è accompagnata, come è abitudine nella presente rubrica, da alcune brevissime note di lettura.

2. Il caso di specie

La controversia dalla quale è scaturita la questione pregiudiziale rinviata alla Corte di giustizia vede contrapposti, da un lato, un Sottufficiale dell'esercito sloveno e, dall'altro, il Ministero della

[1] Corte giust. 15 luglio 2021, causa C-742/19, ECLI:EU:C:2021:597.

[2] Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in GUCE L 299 del 18/11/2003, p. 9.*

[3] In particolare il considerando n. 3, ai sensi del quale; "Il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico.

[4] Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro *GUCE L 183 del 29.6.1989, p. 1.*

[5] In passato, si ritrovano pronunce che dichiarano l'applicabilità della Direttiva ad altri tipi di Corpi incaricati di servizi di interesse pubblico: unità di pronto soccorso e personale medico ed infermieristico in servizio nelle unità di pronto soccorso, agli operatori del pronto soccorso medico , le unità di intervento dei vigili del fuoco pubblici, la polizia municipale e il personale non civile delle amministrazioni nello svolgimento dei propri doveri in circostanze ordinarie.

Difesa sloveno. L'oggetto del contendere riguardava, più specificatamente, la remunerazione spettante al Sottufficiale per un "servizio di guardia ininterrotto" di sette giorni al mese, durante il quale il militare era tenuto ad essere raggiungibile e presente permanentemente all'interno della caserma al quale era assegnato, pur alternando attività di sorveglianza a periodi di semplice reperibilità. Ad avviso del Ministero della Difesa, solo le ore effettive del "servizio di guardia" rappresentavano vero e proprio orario di lavoro, mentre per le restanti ore riconosceva al Sottufficiale esclusivamente un'indennità di reperibilità pari al 20% dello stipendio base.

Il militare adiva, quindi, i giudici sloveni, chiedendo che gli fossero pagate come ore di lavoro straordinario le ore durante le quali aveva svolto "servizio di guardia", in assenza di un'effettiva attività di servizio ma rimanendo pur sempre a disposizione dei suoi superiori in caserma.

Il ricorso veniva respinto sia in primo grado sia in grado di appello, giungendo, infine dinnanzi alla Corte di Cassazione, il giudice del rinvio nel caso di specie.

In estrema sintesi, il quesito sottoposto al giudice dell'Unione attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo, previsto e disciplinato dall'art. 267 TFUE, è volto a stabilire, in via preliminare, l'applicabilità delle norme comunitarie sull'organizzazione dell'orario di lavoro all'attività di guardia svolta da un militare in tempo di pace; nel caso di risposta positiva, l'ulteriore quesito riguarda la configurabilità come "orario di lavoro" del periodo di guardia durante il quale il militare è tenuto semplicemente a disposizione nella caserma alla quale è assegnato.

3. Il contesto normativo di riferimento

Le norme applicabili sulle quali il giudice nazionale chiede lumi al giudice del Lussemburgo sono desumibili da un combinato disposto della Direttiva 2003/88/CE (organizzazione dell'orario di lavoro) con la Direttiva 89/39/CEE (tutela salute e sicurezza sui luoghi di lavoro).

Per quanto attiene all'ambito di applicazione *ratione materiae* della disciplina in esse contenuta, l'art. 1, par. 3, Direttiva 2003/88 cit. stabilisce che "La presente direttiva si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 89/391/CEE, fermi restando gli articoli 14, 17, 18 e 19 della presente direttiva".

La direttiva 89/391/CEE, dal canto suo, prevede (art. 2) che "1. La presente direttiva concerne tutti i settori d'attività privati o pubblici (attività industriali, agricole, commerciali, amministrative, di servizi, educative, culturali, ricreative, ecc.).

2. La presente direttiva non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle Forze Armate o nella Polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo".

Con riferimento a quest'ultima ipotesi di deroga, l'art. 2 cit., par. 2, ultimo comma contiene un richiamo molto preciso a "vigilare affinché la sicurezza e la salute dei lavoratori siano, per quanto possibile, assicurate, tenendo conto degli obiettivi della presente direttiva".

Per quanto attiene, invece, alla nozione di orario di lavoro, l'art. 2, direttiva 2003/88, lo definisce come "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali".

I riferimenti normativi sopracitati sono stati oggetto anche di una Comunicazione interpretativa elaborata dalla Commissione europea riguardante nello specifico la Direttiva 2003/88/CE[6] e dalla quale, com'è ovvio, non si può prescindere.

In merito all'art. 1 della direttiva 2003/88, e all'art. 2 Direttiva 89/391 in esso richiamato, la Commissione, traendo ampi spunti dalla giurisprudenza dell'Unione ormai consolidata, stabilisce che, tenendo conto della finalità della direttiva, ossia promuovere il miglioramento della sicurezza

[6] Comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, in GUUE C 165/2017, p. 1.

e della salute dei lavoratori sul lavoro, e del dettato dell'art. 2, par. 1, della direttiva 89/391/CEE, il campo d'applicazione della direttiva sull'orario di lavoro deve essere inteso in modo ampio. Ne consegue che l'esclusione dal campo d'applicazione di cui all'art 2, par. 2, della direttiva 89/391/CEE deve essere interpretata in senso restrittivo e in modo «che ne limiti la portata a quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi che essa consente agli Stati membri di proteggere».

Alla luce di questa premessa, la Commissione ha ritenuto che eventuali esclusioni non possano essere applicate a settori di attività globalmente considerati, ma siano consentite unicamente laddove vi sia l'esigenza di garantire «il buon funzionamento dei servizi indispensabili alla tutela della sicurezza, della salute e dell'ordine pubblico in circostanze di gravità e ampiezza eccezionali — per esempio una catastrofe — che si caratterizzano, segnatamente, per il fatto di esporre i lavoratori a rischi non trascurabili quanto alla loro sicurezza e/o alla loro salute e di non prestarsi, per loro natura, a una pianificazione dell'orario di lavoro delle squadre di intervento e di soccorso» .

L'ampiezza riconosciuta all'ambito di applicazione della direttiva, del resto, discende anche dalla necessità di rispettare l'ulteriore parametro di riferimento rappresentato dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in tema di condizioni di lavoro[7] giuste ed eque, che, come chiarito dalla stessa Corte di giustizia, deve in ogni caso costituire un imprescindibile criterio interpretativo di tutte le norme dell'Unione.

L'esclusione, dunque, dal campo di applicazione non può dipendere genericamente dall'appartenenza o meno dei lavoratori a uno dei settori di cui alla direttiva 89/391/CEE, ma deve essere stabilita sulla base della natura peculiare di taluni specifici incarichi esercitati dai dipendenti nell'ambito di tali settori. Solo in presenza della necessità di garantire un'efficace tutela della collettività, tali incarichi potranno giustificare una deroga al regime ordinario previsto dalla detta direttiva.

Alla luce di quanto considerato, la conclusione cui giunge la Commissione si dirige nel senso di ritenere che la direttiva sull'orario di lavoro debba necessariamente essere ritenuta applicabile alle attività delle Forze Armate, della Polizia o dei servizi di protezione civile, nonché ad altre attività specifiche del pubblico impiego, laddove siano svolte in condizioni abituali.

Per quanto concerne la definizione di "orario di lavoro", la citata Comunicazione contiene due precisazioni di sicuro interesse:

1) In termini di formulazione della direttiva, l'orario di lavoro va inteso «in opposizione al periodo di riposo, ciascuna delle due nozioni escludendo l'altra», né la direttiva «prevede categorie intermedie tra i periodi di lavoro e quelli di riposo».

2) Le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo» «non devono essere interpretate in funzione delle prescrizioni delle varie normative degli Stati membri, bensì costituiscono nozioni di diritto comunitario che occorre definire secondo criteri oggettivi, facendo riferimento al sistema e alla finalità della detta direttiva. Infatti, soltanto una siffatta interpretazione autonoma può assicurare la piena efficacia di tale direttiva, nonché l'applicazione uniforme delle dette nozioni in tutti gli Stati membri». Ciò significa del pari che gli Stati membri non possono definire unilateralmente la portata di tali nozioni, il che è ulteriormente corroborato dal fatto che la direttiva non ammette alcuna deroga all'articolo 2, che stabilisce tra l'altro le definizioni di "orario di lavoro" e di "periodo di riposo".

Fatte queste premesse, la Commissione individua l'"orario di lavoro" sulla base di tre elementi:

[7] Art. 31 Carta diritti fondamentali UE, *Condizioni di lavoro giuste ed eque.* - 1. Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose. 2. Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite.

1) Il lavoratore è al lavoro. Questo primo parametro è un criterio spaziale che corrisponde alla condizione che «il lavoratore sia al lavoro» o che sia «presente sul suo luogo di lavoro.

2) Il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro. A questo riguardo, il fattore determinante è che il lavoratore sia a disposizione per fornire immediatamente le opportune prestazioni in caso di bisogno.

3) Il lavoratore deve essere nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni; anche se l'attività effettivamente svolta varia secondo le circostanze, l'obbligo imposto a tali [lavoratori] di essere presenti e disponibili sul luogo di lavoro per prestare la loro opera professionale dev'essere considerato rientrante nell'esercizio delle loro funzioni».

Come vedremo, la soluzione elaborata dalla Corte nel caso in discussione riflette pienamente e conferma le indicazioni interpretative fornite dalla Commissione.

4. I punti salienti della sentenza della Corte di giustizia

Partendo dai quesiti sottoposti dal giudice del rinvio, si procederà ad analizzare le questioni di maggior interesse trattate nella sentenza.

a) Primo quesito: l'art. 2 (*rectius*: art.1) della direttiva [2003/88] si applica anche ai lavoratori che operano nel settore della difesa ovvero al personale militare che presta servizio di guardia in tempo di pace?

La Corte di giustizia, in via preliminare, così come richiesto nelle osservazioni presentate dai governi francese e spagnolo, coinvolge nel perimetro della sua valutazione anche l'art. 4, par. 2, TUE, ai sensi del quale (seconda frase) l'Unione "Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro".

Il riferimento al suddetto art. 4, infatti, è necessario al fine di stabilire che, in linea di massima, le scelte di organizzazione militare degli Stati membri che hanno ad oggetto la difesa del loro territorio o dei loro interessi essenziali non siano disciplinate, in quanto tali, dal diritto dell'Unione[8].

Si può, dunque, ritenere che la norma citata escluda in radice il parallelo rispetto delle norme dell'Unione?

Secondo la ricostruzione del giudice dell'Unione, il rispetto dovuto dall'Unione alle funzioni essenziali dello Stato non deve automaticamente condurre a ritenere che le decisioni degli Stati membri relative all'organizzazione delle loro Forze Armate esulino completamente dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, in particolare quando si tratta di norme relative all'organizzazione dell'orario di lavoro, un tema sul quale la Direttiva 2003/88/CE è intervenuta ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri.

Senza dubbio, l'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione non devono in nessun caso influire negativamente sull'esecuzione degli specifici compiti che ciascuno Stato membro affida alle sue Forze Armate, tenuto conto delle sue limitazioni e delle responsabilità che gli sono proprie, al fine di salvaguardare la sua integrità territoriale o di tutelare la sua sicurezza nazionale.

In altri termini, il diritto dell'Unione dovrà tenere debitamente in considerazione le specificità che ciascuno Stato membro conferisce al funzionamento delle sue Forze Armate, che risultano, tra l'altro, dalle particolari responsabilità internazionali assunte da tale Stato membro, dai conflitti o dalle minacce cui è confrontato, o dal contesto geopolitico nel quale tale Stato evolve.

Accertata l'assenza di preclusioni normative tali da escludere radicalmente l'applicazione delle norme comunitarie sulla tutela dei lavoratori agli appartenenti alle Forze Armate, la Corte, in

[8] v., in tal senso, sentenza dell'11 marzo 2003, Dory, C-186/01, EU:C:2003:146, punto 35).

primo luogo, precisa di trovarsi senza alcun dubbio di fronte ad un soggetto, il militare, qualificabile come "lavoratore" ai sensi della Direttiva 2003/88 e quindi ricompreso nel suo ambito soggettivo di applicazione.

In secondo luogo, per quanto concerne i casi di deroga previsti esplicitamente dalle Direttive citate, il giudice dell'Unione nega che esse possano valere a consentire alle norme nazionali di escludere nella loro totalità e in via permanente i membri delle Forze Armate dal relativo ambito di applicazione. Sarà invece necessario procedere ad un esame disgiunto delle attività svolte dai militari, il cui scopo finale sarà separare il c.d. "servizio ordinario" da ciò che, al contrario, rappresenta il nucleo essenziale delle funzioni specifiche delle Forze Armate.

Procedendo in tal senso, è agevole concludere nel senso che le attività connesse a servizi di amministrazione, di manutenzione, di riparazione, di sanità, di mantenimento dell'ordine o di repressione dei reati non presentano, in quanto tali, particolarità che si oppongano a qualsiasi pianificazione dell'orario di lavoro rispettosa dei requisiti imposti dalla direttiva 2003/88, almeno fintantoché tali attività non siano esercitate nell'ambito di un'operazione militare o nel corso della sua preparazione immediata.

Si giungerà, viceversa, a conclusioni diametralmente opposte laddove, tenuto conto della gravità e dell'ampiezza dell'insieme delle circostanze pertinenti, risulti impossibile tutelare la popolazione organizzando le attività delle Forze Armate in modo tale che ciascuno dei loro membri possa beneficiare delle garanzie previste dalla direttiva 2003/88 in materia di durata dell'orario di lavoro e del periodo di riposo, in particolare mediante un meccanismo di normale avvicendamento dell'organico.

Per maggior chiarezza, peraltro, il giudice dell'Unione si occupa anche di "tipizzare" alcuni degli elementi utili ad individuare le attività specifiche delle Forze Armate e che riguardano:

- i membri delle Forze Armate che si trovino in presenza di circostanze di gravità e di ampiezza eccezionali;
- le attività svolte da membri delle Forze Armate che, a causa delle loro elevate qualifiche o del carattere estremamente sensibile degli incarichi loro assegnati, solo molto difficilmente possono essere sostituiti da altri membri delle Forze Armate, mediante un sistema di avvicendamento che consenta di garantire al tempo stesso il rispetto dei periodi massimi di lavoro e dei periodi di riposo previsti dalla direttiva 2003/88;
- i militari chiamati a partecipare alle operazioni che comportano un impegno militare delle Forze Armate di uno Stato membro, che si svolgano, in modo permanente o occasionale, all'interno o all'esterno dei suoi confini;
- le attività che rientrano tanto nella formazione iniziale dei militari, alla quale occorre assimilare il servizio militare obbligatorio, quanto negli addestramenti operativi ai quali i membri delle Forze Armate sono poi regolarmente tenuti.

Pur avendo fornito delle indicazioni piuttosto chiare ed univoche, il giudice dell'Unione non trascura certo di considerare l'incidenza delle sue statuizioni sul rispetto della sovranità nazionale, ai sensi del richiamato art. 4 TUE, e lancia sul punto un importante *caveat:* "rientra nella sola responsabilità di ciascuno Stato membro, tenendo conto, tra l'altro, delle minacce cui è esposto, delle responsabilità internazionali che gli sono proprie o dello specifico contesto geopolitico nel quale esso evolve, procedere alle operazioni militari che ritiene opportune e determinare l'intensità della formazione iniziale e degli addestramenti operativi che considera utili per il corretto svolgimento di tali operazioni, senza che vi sia alcuna possibilità di controllo da parte della Corte al riguardo, atteso che tali questioni devono essere considerate estranee all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione" (punto 84 della sentenza).

Ed è proprio questa la ragione per la quale la Corte riserva al giudice nazionale, e non a sé stessa, il compito di chiarire se, nel caso di specie, l'attività del militare sloveno rientri o meno tra le ipotesi indicate come sottratte all'applicazione delle norme dell'Unione, giungendo ad ammettere

espressamente l'eventualità che quello stesso giudice, nel suo spazio autonomo di valutazione, possa anche considerare l'attività di guardia un'operazione militare (punto 85 della sentenza).

b) Secondo quesito: l'art. 2 della direttiva [2003/88] osta a una normativa nazionale secondo cui la reperibilità dei lavoratori che operano nel settore della difesa presso il luogo di lavoro o presso un luogo determinato (ma non presso il proprio domicilio), ovvero la presenza di personale militare che lavora nel settore della difesa, nel corso del servizio di guardia, durante il quale tale personale militare non presta alcuna attività lavorativa effettiva, ma dev'essere tuttavia fisicamente presente in caserma, non sono computate nell'orario di lavoro?

Laddove il giudice nazionale ritenga che l'attività svolta dal militare sloveno rientri nel campo di applicazione della direttiva 2003/88/CE secondo quanto poc'anzi considerato, si dovrà valutare se i c.d. "periodi di guardia" rientrino o meno nella nozione di "orario di lavoro", così come definito all'art. 2 della direttiva cit.

Il giudice del Lussemburgo, sul punto, conclude affermando che "un periodo di guardia imposto ad un militare che comporti la sua presenza continua sul luogo di lavoro deve essere considerato orario di lavoro, ai sensi dell'articolo 2, punto 1, di tale direttiva, qualora tale luogo di lavoro non coincida con il suo domicilio". Tale affermazione, tuttavia, ad avviso della Corte, non deve in alcun modo incidere sulle modalità di retribuzione di siffatti periodi, che, in quanto tali, non rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2003/88/CEE ma sono da intendersi integralmente disciplinati dalle disposizioni vigenti nell'ordinamento nazionale.

Nulla esclude, dunque, che, ai fini della retribuzione dei servizi di guardia, le norme interne considerino in modo differente i periodi nel corso dei quali siano realmente effettuate delle prestazioni di lavoro rispetto a quelli durante i quali non sia svolto alcun lavoro effettivo.

5. Brevi considerazioni

La sentenza in rassegna suscita un grande interesse non solo in ragione della peculiarità dell'argomento da essa toccato ma soprattutto per via del particolare equilibrio mostrato dal giudice dell'Unione nel bilanciamento di esigenze, nazionali e comunitarie, coinvolte nella stessa misura ma nettamente contrapposte.

È vero, però, che il procedimento pregiudiziale, attraverso le osservazioni presentate da alcuni Stati membri (oltre al governo sloveno, sono intervenuti quello francese, tedesco e spagnolo), ha consentito al contempo di far emergere le profonde diversità esistenti tra le varie discipline nazionali su questo tema.

Una disomogeneità che, a dire il vero, la Commissione aveva già avuto modo di riscontrare nella sua relazione sull'applicazione della direttiva 2003/88 presentata nel 2017[9], che ha accompagnato la presentazione della comunicazione interpretativa sulla stessa direttiva cui si è precedentemente accennato.

Tra le varie soluzioni adottate dalle legislazioni nazionali all'atto del recepimento della direttiva citata, ve ne sono alcune che prevedono la semplice applicazione ai militari della disciplina sull'orario di lavoro prevista per i pubblici dipendenti e funzionari, eccezion fatta per alcune deroghe relative a specifiche attività (Germania, Lussemburgo e Slovenia).

Di diverso segno le scelte operate in altri Stati membri (tra cui l'Italia, come si vedrà ne par. successivo) in cui le Forze Armate e di Polizia sono sottratte dall'applicazione della direttiva con riferimento allo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

Ancor più radicale l'atteggiamento tenuto dalle legislazioni francese e cipriota, in cui non si prevede alcun limite all'orario di lavoro dei militari in virtù dell'adesione degli ordinamenti citati ad

[9] Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo relazione sull'attuazione da parte degli stati membri della direttiva 2003/88/ce concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (doc. COM (2017)254 fin).

un principio di "libera disponibilità" delle Forze Armate, atto a garantire il tempestivo intervento "in qualsiasi tempo e in qualsiasi luogo" per la salvaguardia di interessi nazionali.

Del resto, come rilevato dall'Avvocato generale H. Saugmandsgaard Øe, nelle conclusioni alla causa da cui scaturisce la sentenza in rassegna, la diversità riscontrata nelle legislazioni nazionali riflette, in sostanza, le altrettanto diverse concezioni delle Forze Armate, spiegabili con ragioni storiche , con la loro configurazione geografica e, più in generale, con le minacce specifiche alle quali ciascuno di essi si trova di fronte. E' innegabile, inoltre che alcuni Stati membri, abbiano sottoscritto impegni internazionali più vincolanti, che esigono dai medesimi l'assunzione di responsabilità particolari in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionali e soddisfano, per questo motivo, criteri più elevati sotto il profilo delle capacità militari.

È fisiologico, dunque, che siffatte differenze si riflettano, in una certa misura, sull'organizzazione delle Forze Armate e sulla condizione militare in ciascuno Stato membro.

Non si può, però, ritenere questo un argomento decisivo per sottrarre in maniera permanente i militari dall'applicazione del diritto dell'Unione in una materia così sensibile quale la tutela della sicurezza e salute sul luogo di lavoro, lasciando che la questione, in aperto contrasto con il dettato normativo delle direttive citate, rimanga definitivamente in balia delle specificità nazionali.

Quanto considerato non fa altro che rafforzare l'idea che il giudice comunitario abbia operato una giusta ponderazione dei diversi interessi in gioco, proponendo un approccio graduale che , basandosi sostanzialmente su un principio di proporzionalità, valga a distinguere le attività ordinarie delle Forze Armate rispetto a quelle più specifiche relative alle operazioni militari, riconoscendo al contempo agli Stati membri uno spazio sufficientemente ampio di valutazione , non suscettibile di sindacato da parte del giudice dell'Unione, circa le necessità connesse alla sicurezza interna e all'integrità territoriale nazionale.

6. I riflessi della sentenza *BK* sulla legislazione italiana

Le statuizioni della Corte di giustizia nel caso di specie sono suscettibili di avere delle ricadute importanti anche sull'applicazione e l'interpretazione delle norme italiane di recepimento della Direttiva 2003/88/CE.

Com'è noto, il d. lgs. n. 66/2003[10], all'art. 2 prevede che «1. Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati con le uniche eccezioni del lavoro della gente di mare di cui alla direttiva 1999/63/CE, del personale di volo nella aviazione civile di cui alla direttiva 2000/79/CE e dei lavoratori mobili per quanto attiene ai profili di cui alla direttiva 2002/15/CE.(…). 3. Le disposizioni del presente decreto non si applicano al personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297. Non si applicano, altresì, al personale delle Forze di Polizia, delle Forze Armate, nonché agli addetti al servizio di Polizia municipale e provinciale, in relazione alle attività operative specificamente istituzionali e agli addetti ai servizi di vigilanza privata».

A proposito delle Forze Armate e di Polizia, appare evidente l'estrema laconicità del riferimento a non meglio precisate "attività istituzionali" al fine di sottrarre o meno una data funzione dall'applicazione del d.lgs. in questione.

È altrettanto evidente che, in ogni caso, d'ora in poi la nozione utilizzata dovrà essere intesa seguendo i criteri enucleati dal giudice dell'Unione nella sentenza in rassegna.

[10] D.lgs. 8-4-2003 n. 66, Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, Gazz. Uff. 14 aprile 2003, n. 66, S.O., così come modificato comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett.b), d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 e, successivamente, dall'art. 41, comma 3, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133.

Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

15 luglio 2021 *

«Rinvio pregiudiziale – Protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori – Organizzazione dell'orario di lavoro – Membri delle forze armate – Applicabilità del diritto dell'Unione – Articolo 4, paragrafo 2, TUE – Direttiva 2003/88/CE – Ambito di applicazione – Articolo 1, paragrafo 3 – Direttiva 89/391/CEE – Articolo 2, paragrafo 2 – Attività dei militari – Nozione di "orario di lavoro" – Periodo di guardia – Controversia relativa alla retribuzione del lavoratore»

Nella causa C-742/19,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Vrhovno sodišče (Corte suprema, Slovenia), con decisione del 10 settembre 2019, pervenuta in cancelleria il 10 ottobre 2019, nel procedimento

B. K.

contro

Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo),

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, R. Silva de Lapuerta, vicepresidente, J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan e N. Piçarra, presidenti di sezione, T. von Danwitz, M. Safjan, D. Šváby, S. Rodin, K. Jürimäe, C. Lycourgos (relatore), P.G. Xuereb, L.S. Rossi e I. Jarukaitis, giudici,

avvocato generale: H. Saugmandsgaard Øe

cancelliere: R. Şereş, amministratrice

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 21 settembre 2020,

considerate le osservazioni presentate:

– per B. K., da M. Pukšič, odvetnik;

– per il governo sloveno, da A. Grum e A. Dežman Mušič, in qualità di agenti;

– per il governo tedesco, da J. Möller e S. Eisenberg, in qualità di agenti;

* Lingua processuale: lo sloveno.

– per il governo spagnolo, da S. Jiménez García, in qualità di agente;

– per il governo francese, da A.-L. Desjonquères, E. de Moustier, N. Vincent, T. Stehelin e A. Ferrand, in qualità di agenti;

– per la Commissione europea, da B. Rous Demiri, N. Ruiz García e M. van Beek, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 28 gennaio 2021,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 2 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU 2003, L 299, pag. 9).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra B. K. e la Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo) [Repubblica di Slovenia (Ministero della Difesa)] in merito ad un'integrazione retributiva per lavoro straordinario.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 76/207/CEE

3 L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU 1976, L 39, pag. 40), così recitava:

«L'applicazione del principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività, e a tutti i livelli della gerarchia professionale».

Direttiva 89/391/CEE

4 L'articolo 2 della direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (GU 1989, L 183, pag. 1), prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva concerne tutti i settori d'attività privati o pubblici (attività industriali, agricole, commerciali, amministrative, di servizi, educative, culturali, ricreative, ecc.)

2. La presente direttiva non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo.

In questo caso, si deve vigilare affinché la sicurezza e la salute dei lavoratori siano, per quanto possibile, assicurate, tenendo conto degli obiettivi della presente direttiva».

Direttiva 89/656/CEE

5 L'articolo 1 della direttiva 89/656/CEE del Consiglio, del 30 novembre 1989, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso da parte dei lavoratori di attrezzature di protezione individuale (terza direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) (GU 1989, L 393, pag. 18), così dispone:

«1. La presente direttiva, che è la terza direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391, stabilisce prescrizioni minime di sicurezza e di salute per l'uso da parte dei lavoratori sul lavoro di attrezzature di protezione individuale.

2. Le disposizioni della direttiva 89/391/CEE si applicano interamente a tutto il settore di cui al paragrafo 1, fatte salve le disposizioni più vincolanti e/o specifiche contenute nella presente direttiva».

6 L'articolo 2 di tale direttiva è così formulato:

«1. Ai sensi della presente direttiva si intende per attrezzatura di protezione individuale qualsiasi attrezzatura destinata ad essere portata o tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale obiettivo.

2. Sono esclusi dalla definizione di cui al paragrafo 1:

(...)

c) le attrezzature di protezione individuale dei militari, dei poliziotti e del personale dei servizi per il mantenimento dell'ordine pubblico;

(...)».

Direttiva 2003/88

7 L'articolo 1, paragrafo 3, primo comma, della direttiva 2003/88 così recita:

«La presente direttiva si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 89/391/CEE, fermi restando gli articoli 14, 17, 18 e 19 della presente direttiva».

8 Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva in parola, intitolato «Definizioni»:

«Ai sensi della presente direttiva si intende per:

1. "orario di lavoro": qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali;

2. "periodo di riposo": qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro;

(...)».

9 L'articolo 17, paragrafo 3, di detta direttiva prevede quanto segue:

«In conformità al paragrafo 2 del presente articolo le deroghe agli articoli 3, 4, 5, 8 e 16 possono essere concesse:

(…)

b) per le attività di guardia, sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di assicurare la protezione dei beni e delle persone, in particolare, quando si tratta di guardiani o portinai o di imprese di sorveglianza;

c) per le attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio o della produzione (...);

(...)».

Direttiva 2013/35/UE

10 L'articolo 1 della direttiva 2013/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sulle disposizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici (campi elettromagnetici) (ventesima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE) e che abroga la direttiva 2004/40/CE (GU 2013, L 179, pag. 1), dispone quanto segue:

«1. La presente direttiva, che è la ventesima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE, stabilisce prescrizioni minime di protezione dei lavoratori contro i rischi per la loro salute e la loro sicurezza che derivano, o possono derivare, dall'esposizione ai campi elettromagnetici durante il lavoro.

(...)

6. Fatte salve le disposizioni più rigorose o più specifiche contenute nella presente direttiva, la direttiva 89/391/CEE continua ad applicarsi integralmente all'intero settore di cui al paragrafo 1».

11 L'articolo 10, paragrafo 1, di tale direttiva così recita:

«In deroga all'articolo 3, ma fatto salvo l'articolo 5, paragrafo 1, si applicano le seguenti disposizioni:

(...)

b) gli Stati membri possono autorizzare l'attuazione di un sistema di protezione equivalente o più specifico per il personale che lavora presso impianti militari operativi o che partecipa ad attività militari, ivi compreso a esercitazioni militari internazionali congiunte, purché si evitino gli effetti nocivi per la salute e i rischi per la sicurezza;

(...)».

Diritto sloveno

12 L'articolo 46 della Kolektivna pogodba za javni sektor (contratto collettivo per il settore pubblico), nella versione applicabile al procedimento principale (Uradni list RS, n. 57/2008 e seguenti), disponeva che i dipendenti pubblici hanno diritto a un'indennità di reperibilità pari al 20% della tariffa oraria dello stipendio base, senza che tali periodi di reperibilità fossero considerati orario di lavoro.

13 La motivazione di tale contratto collettivo esponeva quanto segue:

«La reperibilità implica la raggiungibilità del pubblico dipendente affinché, in caso di necessità, possa recarsi al lavoro al di fuori del suo orario lavorativo. La reperibilità deve essere ordinata per iscritto. L'importo dell'indennità di reperibilità è identico a prescindere dal fatto che il pubblico dipendente si renda reperibile di giorno, di notte, in un giorno lavorativo, di domenica o in un giorno festivo».

14 L'articolo 5 dello Zakon o obrambi (legge sulla difesa), del 20 dicembre 1994 (Uradni list RS, n. 82/94), nella versione applicabile al procedimento principale (in prosieguo: lo «ZObr»), prevede, al suo punto 14, che il militare è, ai sensi di tale legge, una persona che esercita una funzione militare e precisa, al punto 14 bis, che il lavoratore è, ai sensi di detta legge, il militare, il civile che lavora a titolo professionale nell'esercito, o un'altra persona che, a titolo professionale, svolge compiti amministrativi o tecnici specializzati presso il ministero.

15 Ai sensi dell'articolo 51 dello ZObr, un militare può, a determinate condizioni, utilizzare armi per effettuare guardie.

16 L'articolo 97č dello ZObr, relativo al servizio di guardia, così recita:

«1) Le guardie, di norma, durano 24 ore ininterrotte.

2) I militari che svolgono un servizio di guardia si considerano occupati durante l'orario di lavoro a tempo frazionato. Le ore durante le quali non svolgono lavoro effettivo sono considerate non come orario di lavoro, bensì come periodo di reperibilità sul luogo di lavoro.

3) L'obbligo professionale giornaliero durante la guardia non può eccedere le 12 ore. In caso di evento eccezionale o di necessità di ultimare una missione iniziata, l'orario di lavoro dei militari

può eccezionalmente protrarsi, ma, in tale occasione, le ore lavorate oltre le 12 ore di lavoro effettivo già svolte sono considerate ore di lavoro straordinario.

4) L'esercizio del servizio di guardia non può durare ininterrottamente più di sette giorni. I militari hanno diritto a una pausa di riposo nel luogo in cui effettuano il servizio di guardia, in quanto 12 ore sono loro riconosciute come orario di lavoro ordinario e le 12 ore restanti sono considerate come un periodo di reperibilità».

17 Ai sensi dell'articolo 97e dello ZObr, relativo alla reperibilità:

«1) La reperibilità è il tempo durante il quale il lavoratore deve essere in disponibilità per lavorare sul suo luogo di lavoro, in un luogo determinato o dall'abitazione.

2) Il periodo di reperibilità non è incluso nel computo delle ore di obblighi professionali settimanali o mensili. Se il lavoratore, durante il periodo di reperibilità, deve effettivamente lavorare, tali ore di lavoro effettivo sono incluse nel computo delle ore di obblighi professionali settimanali o mensili.

3) Il ministro determina i casi e le modalità di esercizio della reperibilità negli spazi professionali, in un luogo determinato o a casa. I casi e i modi di esercizio della reperibilità nell'esercito sono determinati dal capo di stato maggiore.

4) La reperibilità in un luogo determinato è assimilata alla reperibilità sul luogo di lavoro».

18 I Pravila službe v Slovenski vojski (regolamento di servizio nell'esercito sloveno) (Uradni list RS, n. 84/09) definiscono la nozione di «guardia» nei seguenti termini:

«La guardia è considerata una missione bellica in tempo di pace (...), nel corso della quale un soldato di guardia può anche fare uso delle armi e della forza letale conformemente alle disposizioni dell'articolo 51 dello ZObr. La guardia è effettuata in blocchi di tempo (nell'ambito di un periodo di 7 giorni con una presenza permanente, vale a dire di 24 ore al giorno di presenza nel luogo di lavoro) in vista dell'adeguata organizzazione del lavoro. La guardia è organizzata a livello dell'unità militare, che assicura inoltre che le persone all'interno di una stessa unità siano soggette in egual misura al fine di assicurare le guardie. La guardia ha un'importanza militare e strategica specifica. Garantire la disponibilità operativa continua è un compito fondamentale dell'esercito in tempo di pace. Al fine di garantire un livello adeguato di preparazione in tempo di pace, l'esercito garantisce forze permanenti e misure permanenti per intervenire. Le forze permanenti consentono di assicurare una capacità ininterrotta e le possibilità per l'esercito di intervenire militarmente e non militarmente sul territorio, nelle acque e nello spazio aereo della Repubblica di Slovenia. Le forze di difesa costituiscono parte delle forze permanenti.

La guardia è assicurata da un'unità armata o da un gruppo di militari che assicura la protezione fisica delle persone, degli impianti, delle attività e del territorio. (...)

Gli obblighi generali delle persone di guardia consistono nel proteggere e difendere con diligenza ciò che è loro affidato (impianti, persone, ecc.), di non separarsi dalla loro arma e di essere costantemente pronti a farne uso, di non lasciare il posto di guardia fino a quando qualcuno li abbia sostituiti, di non autorizzare nessuno, al di fuori di un superiore, di un comandante aggiunto o di un comandante di guardia, di un ufficiale di servizio o di un responsabile della sorveglianza ad avvicinarsi al posto di guardia o all'edificio custodito o a recarsi in un luogo

vietato. Le persone di guardia devono inoltre fermare le persone come stabilito per taluni posti di guardia e mantenere il contatto e comunicare solo con il comandante e con gli altri organi di guardia, e informare il comandante in caso di perturbazione o di incendio nelle vicinanze, qualora sussista una minaccia per l'oggetto custodito o le forze a causa di catastrofi naturali o di altre catastrofi, in caso di malattia o di bisogno di qualsiasi altra forma di assistenza.

Le forze di sicurezza garantiscono la sicurezza degli impianti, dei documenti, delle persone, delle armi e delle attrezzature militari, delle munizioni e di altri materiali contro diverse forme di minaccia. (...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

19 Nel periodo compreso tra il febbraio 2014 e il luglio 2015, B. K. ha prestato, in qualità di sottufficiale dell'esercito sloveno, un «servizio di guardia» ininterrotto di sette giorni al mese nel corso del quale doveva essere raggiungibile e presente permanentemente all'interno della caserma cui era assegnato. Tale «servizio di guardia» comprendeva tanto periodi in cui B. K. doveva esercitare un'attività di sorveglianza effettiva quanto periodi durante i quali quest'ultimo era tenuto solo a restare a disposizione dei suoi superiori. In caso di arrivo senza preavviso della polizia militare, di un gruppo d'ispezione o di un gruppo di intervento, egli doveva farne menzione sul modulo di registrazione e assolvere i compiti impostigli dai suoi superiori.

20 Il ministero della Difesa ha ritenuto che, per ciascuno di tali giorni di «servizio di guardia», otto ore dovessero essere considerate orario di lavoro, di modo che è stata versata a B. K. la retribuzione ordinaria corrispondente per tali otto ore di lavoro. Per le altre ore, B. K. ha beneficiato soltanto di un'indennità di reperibilità pari al 20% dello stipendio base.

21 B. K. ha adito i giudici sloveni con un ricorso diretto a che gli fossero pagate, come ore di lavoro straordinario, le ore durante le quali, nel corso del «servizio di guardia», egli non aveva svolto alcuna attività effettiva al servizio del suo datore di lavoro, ma era stato costretto a rimanere a disposizione dei suoi superiori, all'interno della caserma, lontano dalla sua abitazione e dalla sua famiglia.

22 Poiché il suo ricorso è stato respinto in primo grado e in appello, B. K. ha proposto un ricorso per cassazione dinanzi al giudice del rinvio.

23 Quest'ultimo rileva, in primo luogo, che, conformemente all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 89/391, la direttiva 2003/88 non si applica quando particolarità inerenti a talune attività specifiche nel pubblico impiego vi si oppongono in modo imperativo. Riferendosi alla sentenza del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a. (da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), il giudice del rinvio considera che tale deroga è stata prevista solo per garantire il buon funzionamento dei servizi assolutamente necessari alla tutela della sicurezza, della salute e dell'ordine pubblico in caso di eventi di eccezionale gravità, qualora non sia possibile pianificare l'orario di lavoro dei gruppi di intervento e di soccorso.

24 Il giudice del rinvio osserva che, nel caso di specie, B. K. ha svolto il suo lavoro ordinario, ossia un «servizio di guardia» in tempo di pace, in modo regolare, senza che vi sia stata, durante il periodo di cui trattasi nel procedimento principale, la minima circostanza imprevedibile o il minimo evento eccezionale. Pertanto, secondo tale giudice, la pianificazione dell'orario di lavoro dell'interessato non era affatto impossibile.

25 Detto giudice si chiede tuttavia se la deroga prevista all'articolo 2 della direttiva 89/391 possa essere fatta valere in maniera generale nei confronti dei militari in tempo di pace e dei lavoratori del settore della difesa.

26 In secondo luogo, anche supponendo che la direttiva 2003/88 si applichi nel caso di specie, il giudice del rinvio si chiede se i periodi durante i quali, nel corso del suo «servizio di guardia» B. K. non ha svolto alcuna attività effettiva al servizio del suo datore di lavoro, ma era tenuto a rimanere all'interno della caserma, a disposizione dei suoi superiori, debbano essere considerati come «orario di lavoro» ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva.

27 Dopo aver sottolineato che tale questione potrebbe comportare una risposta affermativa, detto giudice rileva che, nel diritto sloveno, siffatti periodi sono esclusi dall'orario di lavoro, al pari dei periodi durante i quali un militare è tenuto a rimanere presso il suo domicilio, e che uno stesso livello retributivo è previsto per tali due periodi, il che, secondo detto giudice, non sarebbe conforme alla direttiva 2003/88.

28 Ciò premesso, il Vrhovno sodišče (Corte suprema, Slovenia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 2 della direttiva [2003/88] si applichi anche ai lavoratori che operano nel settore della difesa ovvero al personale militare che presta servizio di guardia in tempo di pace.

2) Se l'articolo 2 della direttiva [2003/88] osti a una normativa nazionale secondo cui la reperibilità dei lavoratori che operano nel settore della difesa presso il luogo di lavoro o presso un luogo determinato (ma non presso il proprio domicilio), ovvero la presenza di personale militare che lavora nel settore della difesa, nel corso del servizio di guardia, durante il quale tale personale militare non presta alcuna attività lavorativa effettiva, ma dev'essere tuttavia fisicamente presente in caserma, non sono computate nell'orario di lavoro».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

29 Con le sue questioni pregiudiziali, il giudice del rinvio cerca, in sostanza, di stabilire se taluni periodi durante i quali tanto i militari quanto il personale civile attivo nel settore della difesa sono tenuti a rimanere a disposizione dei loro superiori in caso di necessità possano essere considerati «orario di lavoro», ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva.

30 Orbene, è pacifico che la causa principale riguarda unicamente un militare. Occorre pertanto constatare che, nella parte in cui vertono sulla situazione del personale civile attivo nel settore della difesa, le questioni pregiudiziali non hanno alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale e sono pertanto irricevibili, in forza di una giurisprudenza costante (sentenza del 2 febbraio 2021, Consob, C-481/19, EU:C:2021:84, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

Sulla prima questione

31 In limine, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia che gli è sottoposta. In tale prospettiva spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte. Inoltre, la Corte può essere condotta a prendere in considerazione norme del diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nella formulazione della sua questione (sentenza del 7 agosto 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punto 34 e giurisprudenza citata).

32 A tal riguardo, occorre rilevare, da un lato, che, al fine di determinare se, come chiede il giudice del rinvio, l'articolo 2 della direttiva 2003/88 sia applicabile a un'attività di guardia svolta da un militare in tempo di pace, come il «servizio di guardia» effettuato da B. K. alle condizioni menzionate al punto 19 della presente sentenza, occorre esaminare se una siffatta attività rientri nell'ambito di applicazione di tale direttiva, il quale è fissato non dal suo articolo 2, bensì dal suo articolo 1, paragrafo 3.

33 Dall'altro lato, il giudice del rinvio parte dalla premessa secondo cui la controversia principale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Tuttavia, nei limiti in cui tale controversia riguarda un militare, occorre esaminare, in via preliminare, se, come sostenuto dai governi francese e spagnolo, il diritto dell'Unione non sia inteso a disciplinare l'organizzazione dell'orario di lavoro dei militari in quanto tale organizzazione rientrerebbe nelle modalità di organizzazione delle forze armate degli Stati membri, le quali sarebbero, per loro stessa natura, escluse dall'ambito di applicazione di tale diritto, conformemente all'articolo 4, paragrafo 2, TUE.

34 Di conseguenza, al fine di fornire al giudice del rinvio una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia che gli è sottoposta, occorre riformulare la prima questione e considerare che, con quest'ultima, tale giudice chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88, letto alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, debba essere interpretato nel senso che l'attività di guardia esercitata da un militare in tempo di pace è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva.

35 In primo luogo, occorre verificare se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE imponga di escludere tutti i membri delle forze armate dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, in particolare, delle norme sull'organizzazione dell'orario di lavoro.

36 Ai sensi di tale articolo 4, paragrafo 2, l'Unione rispetta, da un lato, l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale e, dall'altro, le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. Tale stessa disposizione precisa che la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

37 A tal riguardo, occorre rilevare che le principali funzioni delle forze armate degli Stati membri, che sono la salvaguardia dell'integrità territoriale e la tutela della sicurezza nazionale, figurano esplicitamente tra le funzioni essenziali dello Stato che l'Unione deve rispettare, in forza dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE.

38 Risulta inoltre dalla giurisprudenza della Corte che le scelte di organizzazione militare degli Stati membri che hanno ad oggetto la difesa del loro territorio o dei loro interessi essenziali non sono disciplinate, in quanto tali, dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza dell'11 marzo 2003, Dory, C-186/01, EU:C:2003:146, punto 35).

39 Ciò premesso, dal rispetto dovuto dall'Unione alle funzioni essenziali dello Stato, sancito all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, non discende che le decisioni degli Stati membri relative all'organizzazione delle loro forze armate esulano dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, in particolare quando si tratta di norme relative all'organizzazione dell'orario di lavoro.

40 Infatti, secondo una costante giurisprudenza della Corte, sebbene spetti ai soli Stati membri definire i loro interessi essenziali in materia di sicurezza e decidere le misure idonee a garantire la loro sicurezza interna ed esterna, ivi comprese le decisioni relative all'organizzazione delle loro forze armate, la mera circostanza che una misura nazionale sia stata adottata ai fini della tutela della sicurezza nazionale non può comportare l'inapplicabilità del diritto dell'Unione e dispensare gli Stati membri dal necessario rispetto di tale diritto (v., in tal senso, sentenze del 26 ottobre 1999, Sirdar, C-273/97, EU:C:1999:523, punto 15; dell'11 gennaio 2000, Kreil, C-285/98, EU:C:2000:2, punto 15, nonché del 6 ottobre 2020, Privacy International, C-623/17, EU:C:2020:790, punto 44 e giurisprudenza ivi citata). Lo stesso deve valere per le misure nazionali adottate ai fini della salvaguardia dell'integrità territoriale di uno Stato membro.

41 Peraltro, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi 44 e 45 delle sue conclusioni, tale affermazione non è contraddetta dalla sentenza dell'11 marzo 2003, Dory (C-186/01, EU:C:2003:146).

42 Infatti, mentre l'istituzione di un servizio militare obbligatorio, oggetto della causa che ha dato luogo a tale sentenza, non costituisce una questione disciplinata dal diritto dell'Unione, l'organizzazione dell'orario di lavoro è una materia che è stata armonizzata, in forza dell'articolo 153, paragrafo 2, TFUE, tramite la direttiva 2003/88.

43 Tuttavia, sebbene il rispetto dovuto dall'Unione alle funzioni essenziali dello Stato non implichi di sottrarre integralmente l'organizzazione dell'orario di lavoro dei militari all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, resta il fatto che l'articolo 4, paragrafo 2, TUE esige che l'applicazione ai militari delle norme del diritto dell'Unione relative a tale organizzazione non sia tale da ostacolare il corretto svolgimento di tali funzioni essenziali. Pertanto, tali norme non possono essere interpretate in modo da impedire alle forze armate di svolgere le loro funzioni e da pregiudicare, di conseguenza, le funzioni essenziali dello Stato, che sono la salvaguardia della sua integrità territoriale e la tutela della sicurezza nazionale.

44 Ne consegue che le specificità che ciascuno Stato membro conferisce al funzionamento delle sue forze armate devono essere debitamente prese in considerazione dal diritto dell'Unione, che tali specificità risultano, tra l'altro, dalle particolari responsabilità internazionali assunte da tale Stato membro, dai conflitti o dalle minacce cui è confrontato, o ancora dal contesto geopolitico nel quale tale Stato evolve.

45 Pertanto, l'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione e, più in particolare, di quelle relative all'organizzazione dell'orario di lavoro non può impedire l'esecuzione degli specifici compiti che ciascuno Stato membro affida alle sue forze armate, tenuto conto delle sue limitazioni e delle responsabilità che gli sono proprie, al fine di salvaguardare la sua integrità territoriale o di tutelare la sua sicurezza nazionale.

46 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 4, paragrafo 2, TUE non ha l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione l'organizzazione dell'orario di lavoro di tutti i militari.

47 In secondo luogo, occorre ricordare che l'obiettivo della direttiva 2003/88 consiste nel fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante un ravvicinamento delle normative nazionali riguardanti, in particolare, la durata dell'orario di lavoro. Tale armonizzazione a livello dell'Unione europea in materia di organizzazione dell'orario di lavoro è intesa a garantire una migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere a questi ultimi periodi minimi di riposo – in particolare giornaliero e settimanale – nonché periodi di pausa adeguati, e prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro [sentenza del 9 marzo 2021, Radiotelevizija Slovenija (Periodo di reperibilità in un luogo remoto), C-344/19, EU:C:2021:182, punto 25 e giurisprudenza ivi citata].

48 Peraltro, le disposizioni della direttiva 2003/88 precisano il diritto fondamentale a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornaliero e settimanale espressamente sancito all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e devono, pertanto, essere interpretate alla luce di quest'ultimo (sentenza del 17 marzo 2021, Academia de Studii Economice din Bucureşti, C-585/19, EU:C:2021:210, punto 37 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue, segnatamente, che tali disposizioni non possono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva a discapito dei diritti che il lavoratore si vede riconosciuti da tale direttiva [sentenza del 9 marzo 2021, Radiotelevizija Slovenija (Periodo di reperibilità in un luogo remoto), C-344/19, EU:C:2021:182, punto 27 e giurisprudenza ivi citata].

49 A tal riguardo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, ai fini dell'applicazione della direttiva 2003/88, la nozione di «lavoratore» dev'essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate. Orbene, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione. Ne consegue che un rapporto di lavoro presuppone l'esistenza di un vincolo di subordinazione tra il lavoratore e il suo datore di lavoro. L'esistenza di un tale nesso deve essere valutata caso per caso in funzione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze che caratterizzano i rapporti tra le parti (sentenza del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punti 41 e 42 nonché giurisprudenza ivi citata).

50 Nel caso di specie, è pacifico che, nel corso del periodo di cui trattasi nel procedimento principale, B. K. percepiva una retribuzione e si trovava, nella sua qualità di sottufficiale dell'esercito sloveno, in un vincolo di subordinazione rispetto al suo datore di lavoro, ai sensi del punto precedente. Ne consegue che la direttiva 2003/88, a priori, è destinata ad applicarsi alla sua situazione.

51 In terzo luogo, occorre stabilire se le attività delle forze armate in generale o, quantomeno, talune di esse debbano essere escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88 in forza del suo articolo 1, paragrafo 3, letto alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE.

52 L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88 definisce l'ambito di applicazione di quest'ultima mediante rinvio all'articolo 2 della direttiva 89/391. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, di quest'ultima direttiva, essa si applica a «tutti i settori d'attività privati o pubblici».

53 Tuttavia, l'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 89/391 prevede, al suo primo comma, che quest'ultima non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, in particolare nelle forze armate, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo e precisa, al suo secondo comma, che, in un caso del genere, la sicurezza e la salute dei lavoratori devono essere assicurate, per quanto possibile, tenendo conto degli obiettivi di detta direttiva.

54 Occorre pertanto stabilire se le attività delle forze armate in generale o, quantomeno, talune di esse debbano essere escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88 in quanto rientrerebbero nella deroga prevista all'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391, tenendo debitamente conto della necessità di interpretare detto ambito di applicazione alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE.

55 Dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 deve ricevere un'interpretazione che limiti la sua portata a quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi che esso consente agli Stati membri di proteggere (sentenze del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 54, nonché del 30 aprile 2020, Készenléti Rendőrség, C-211/19, EU:C:2020:344, punto 32).

56 Inoltre, il criterio utilizzato all'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 per escludere determinate attività dall'ambito di applicazione della medesima direttiva e, indirettamente, da quello della direttiva 2003/88 non si fonda sull'appartenenza dei lavoratori a uno dei settori del pubblico impiego previsti da tale disposizione, considerato nel suo insieme, ma esclusivamente sulla natura specifica di taluni compiti particolari svolti dai lavoratori dei settori presi in considerazione da tale disposizione, natura che giustifica una deroga alle norme in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, a motivo della necessità assoluta di garantire un'efficace tutela della collettività (sentenza del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punto 55 e giurisprudenza citata).

57 Tra le particolarità inerenti a tali attività specifiche che giustificano, in forza dell'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391, una deroga alle norme in materia di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori figura il fatto che esse non si prestano, per loro natura, a una pianificazione dell'orario di lavoro (sentenza del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punto 64 e giurisprudenza ivi citata).

58 L'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 consente così di preservare l'efficacia delle attività specifiche del pubblico impiego la cui continuità è indispensabile per garantire l'esercizio effettivo delle funzioni essenziali dello Stato. Tale esigenza di continuità deve essere valutata tenendo conto della natura specifica dell'attività considerata (sentenza del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punti 65 e 66 nonché giurisprudenza ivi citata).

59 A tale proposito, da un lato, la Corte ha dichiarato che l'esigenza di continuità dei servizi attivi nell'ambito della sanità, della sicurezza e dell'ordine pubblici, non osta a che, allorché esse avvengono in condizioni normali, le attività di tali servizi possano essere organizzate, anche per quanto riguarda gli orari di lavoro dei loro dipendenti, cosicché la deroga di cui all'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 è applicabile a siffatti servizi solo in circostanze di gravità e ampiezza eccezionali, quali catastrofi naturali o tecnologiche, attentati o incidenti importanti, che rendano necessaria l'adozione di misure indispensabili per la protezione della vita, della salute e della sicurezza della collettività, e la cui corretta esecuzione sarebbe compromessa se fossero rispettate tutte le norme previste dalla direttiva 2003/88. Casi del genere giustificano il riconoscimento di una priorità assoluta all'obiettivo di protezione della popolazione, a discapito del rispetto delle disposizioni di quest'ultima direttiva, le quali possono essere provvisoriamente disattese nell'ambito dei detti servizi (v., in tal senso, sentenze del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punto 67, nonché del 30 aprile 2020, Készenléti Rendőrség, C-211/19, EU:C:2020:344, punto 42 e giurisprudenza ivi citata).

60 Dall'altro lato, la Corte ha dichiarato che talune attività particolari del pubblico impiego presentano, anche quando sono esercitate in condizioni normali, caratteristiche talmente specifiche che la loro natura osta, in modo imperativo, a una pianificazione dell'orario di lavoro rispettosa delle prescrizioni imposte dalla direttiva 2003/88 (sentenza del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punto 68).

61 Tale è, in particolare, il caso delle attività che, al fine di soddisfare in modo efficace l'obiettivo di interesse generale loro assegnato, possono essere svolte solo in via continuativa e da un medesimo, unico lavoratore, senza che sia possibile istituire un sistema di avvicendamento che consenta di riconoscere al suddetto lavoratore, a intervalli regolari, il diritto a ore o a giorni di riposo dopo che egli ha effettuato un certo numero di ore o di giorni di lavoro (v., in tal senso, sentenze del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punti da 70 a 74, nonché del 30 aprile 2020, Készenléti Rendőrség, C-211/19, EU:C:2020:344, punti 43 e 44).

62 Siffatte attività devono essere integralmente escluse, in forza dell'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391, dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88.

63 Nella specie, occorre determinare in quale misura la giurisprudenza menzionata ai punti da 57 a 61 della presente sentenza sia applicabile alle attività dei membri delle forze armate, fermo restando che, come sottolineato ai punti 43 e 45 di tale sentenza, occorre garantire che l'applicazione della direttiva 2003/88 nei loro confronti non pregiudichi il corretto svolgimento delle funzioni essenziali degli Stati membri ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE.

64 A tal riguardo, occorre, in primo luogo, rilevare che l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 non può essere interpretato nel senso che i membri delle forze armate degli Stati membri sono esclusi, nella loro totalità e in permanenza, dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88.

65 Infatti, come ricordato ai punti 55, 56 e 58 della presente sentenza, benché miri a preservare l'esercizio effettivo delle funzioni essenziali dello Stato, l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 deve essere interpretato restrittivamente e mira a sottrarre all'ambito di

applicazione di tale direttiva e, di conseguenza, a quello della direttiva 2003/88, non taluni settori del pubblico impiego, considerati nel loro complesso, bensì soltanto talune categorie di attività in tali settori, a causa della loro natura specifica.

66 Orbene, da un lato, la Corte ha già dichiarato che l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 non può giustificare l'esclusione integrale del personale non civile delle pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione di tale direttiva (v., in tal senso, sentenza del 12 gennaio 2006, Commissione/Spagna, C-132/04, non pubblicata, EU:C:2006:18, punti da 30 a 40).

67 Del resto, e come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale alla nota 88 delle sue conclusioni, le deroghe specifiche nei confronti dei militari, che sono espressamente previste tanto all'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 89/656 quanto all'articolo 10, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2013/35, sarebbero state inutili se l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 avesse escluso, in via generale, i membri delle forze armate dall'ambito di applicazione di quest'ultima direttiva. Infatti, tale articolo 2, paragrafo 2, primo comma, determina altresì l'ambito di applicazione delle direttive 89/656 e 2013/35, come risulta, rispettivamente, dall'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 89/656 e dall'articolo 1, paragrafo 6, della direttiva 2013/35.

68 Dall'altro, come parimenti rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi 82 e 83 delle sue conclusioni, non si può ritenere che tutte le attività esercitate dai militari presentino peculiarità tali da impedire qualsiasi pianificazione dell'orario di lavoro rispettosa dei requisiti imposti dalla direttiva 2003/88.

69 Al contrario, talune attività che possono essere esercitate dai membri delle forze armate, come quelle connesse in particolare a servizi di amministrazione, di manutenzione, di riparazione, di sanità, di mantenimento dell'ordine o di repressione dei reati, non possono essere escluse, nella loro integralità, dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88.

70 Infatti, è pacifico che tali attività rientrano, in linea di principio, nell'ambito di applicazione di tale direttiva quando sono esercitate, in condizioni analoghe, da lavoratori del pubblico impiego che non hanno lo status di militare.

71 Orbene, occorre ricordare che la deroga prevista all'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 è applicabile, allo stesso modo, a tutti i lavoratori che esercitano attività specifiche identiche al servizio della collettività (v., in tal senso, sentenza del 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17, EU:C:2018:926, punto 59).

72 Peraltro, se è vero che ciascun militare è soggetto a un requisito di disponibilità tale da metterlo in grado di essere operativo entro un brevissimo termine, l'applicazione a tale militare delle norme previste dalla direttiva 2003/88, nel corso delle attività di cui al punto 69 della presente sentenza, non è tuttavia tale da essere in contrasto con l'effettivo rispetto di un siffatto requisito di disponibilità, almeno fintantoché tali attività non siano esercitate nell'ambito di un'operazione militare, ivi compreso nel corso della sua preparazione immediata.

73 Ciò premesso, in secondo luogo, risulta, da un lato, dalla giurisprudenza ricordata al punto 59 della presente sentenza che, qualora i membri delle forze armate si trovino in presenza di circostanze di gravità e di ampiezza eccezionali, ai sensi di tale giurisprudenza, le attività di questi

ultimi sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88, in forza del suo articolo 1, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391.

74 Ciò si verifica quando, tenuto conto della gravità e dell'ampiezza dell'insieme delle circostanze pertinenti, risulta che è impossibile tutelare la popolazione organizzando le attività delle forze armate in modo tale che ciascuno dei loro membri possa beneficiare delle garanzie previste dalla direttiva 2003/88 in materia di durata dell'orario di lavoro e del periodo di riposo, in particolare mediante un meccanismo di avvicendamento dell'organico (v., per analogia, sentenza del 30 aprile 2020, Készenléti Rendőrség C-211/19, EU:C:2020:344, punti da 47 a 50).

75 Dall'altro lato, dalla giurisprudenza ricordata al punto 60 della presente sentenza si può dedurre che talune categorie di attività militari sfuggono integralmente all'ambito di applicazione della direttiva 2003/88, qualora tali attività siano talmente specifiche da ostare in modo imperativo e permanente al rispetto dei requisiti imposti da tale direttiva.

76 Ciò vale per le attività svolte da membri delle forze armate che, a causa delle loro elevate qualifiche o del carattere estremamente sensibile degli incarichi loro assegnati, solo molto difficilmente possono essere sostituiti da altri membri delle forze armate, mediante un sistema di avvicendamento che consenta di garantire al tempo stesso il rispetto dei periodi massimi di lavoro e dei periodi di riposo previsti dalla direttiva 2003/88 e il corretto svolgimento dei compiti essenziali loro affidati.

77 In terzo luogo, occorre rilevare che tutti i militari chiamati a partecipare alle operazioni che comportano un impegno militare delle forze armate di uno Stato membro, che esse si svolgano, in modo permanente o occasionale, all'interno o all'esterno dei suoi confini, svolgono un'attività che, per sua stessa natura, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88, letto in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391, e alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, deve essere integralmente esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88.

78 Infatti, il rispetto dei requisiti imposti dalla direttiva 2003/88 nel corso di tali operazioni farebbe gravare un rischio considerevole sul successo di queste ultime, successo che presuppone la possibilità di esigere un impegno totale, nel corso di lunghi periodi, dei membri delle forze armate coinvolti e, di conseguenza, sul corretto svolgimento delle funzioni essenziali di salvaguardia della sicurezza nazionale o di tutela dell'integrità territoriale degli Stati membri.

79 In tale contesto, occorre tener conto dell'eventuale interdipendenza che esiste non solo tra le suddette operazioni, ma anche tra queste ultime e altre attività svolte dai membri delle forze armate, alle quali l'applicazione delle norme di tale direttiva, imponendo alle autorità interessate di istituire un sistema di avvicendamento o di pianificazione dell'orario di lavoro, potrebbe avvenire solo a discapito di tali stesse operazioni, contrariamente a quanto richiesto dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE. Pertanto, se ciò si rivela necessario al corretto svolgimento delle operazioni militari propriamente dette, non si può escludere che anche talune attività delle forze armate che non vi si riferiscono direttamente sfuggano, per la durata di tali operazioni, all'ambito di applicazione della direttiva 2003/88.

80 Inoltre, l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391, e alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, impone altresì di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88 tutte le attività che

rientrano tanto nella formazione iniziale dei militari, alla quale occorre assimilare il servizio militare obbligatorio, quanto negli addestramenti operativi ai quali i membri delle forze armate sono poi regolarmente tenuti.

81 Infatti, come ha osservato il governo francese, al fine di garantire l'efficacia operativa delle forze armate, i militari devono poter affrontare, nel corso della loro formazione iniziale e del loro addestramento operativo, situazioni che consentono di riprodurre esattamente le condizioni, comprese le più estreme, nelle quali si svolgono le operazioni militari propriamente dette. Orbene, un siffatto obiettivo legittimo non potrebbe essere raggiunto se le norme relative all'organizzazione dell'orario di lavoro, previste dalla direttiva 2003/88, dovessero essere rispettate nel corso di tale formazione iniziale e di tali addestramenti operativi.

82 Del resto, imponendo ai militari siffatti requisiti di formazione e di addestramento, gli Stati membri assicurano altresì che la salute e la sicurezza di tali militari siano tutelate al meglio nel corso delle operazioni delle forze armate propriamente dette, in quanto tali requisiti consentono loro di acquisire e di mantenere un livello elevato di resistenza in presenza di condizioni di vita deteriorate.

83 La circostanza che la formazione iniziale, gli addestramenti operativi e le operazioni militari propriamente dette si svolgono in tempo di pace non è idonea a inficiare la conclusione secondo la quale tali attività devono essere integralmente escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88. Infatti, i compiti assunti dalle forze armate al fine di garantire la salvaguardia della sicurezza nazionale e dell'integrità del territorio devono poter essere pienamente svolti, anche in tempo di pace.

84 Occorre aggiungere che rientra nella sola responsabilità di ciascuno Stato membro, tenendo conto, tra l'altro, delle minacce cui è esposto, delle responsabilità internazionali che gli sono proprie o dello specifico contesto geopolitico nel quale esso evolve, procedere alle operazioni militari che ritiene opportune e determinare l'intensità della formazione iniziale e degli addestramenti operativi che considera utili per il corretto svolgimento di tali operazioni, senza che vi sia alcuna possibilità di controllo da parte della Corte al riguardo, atteso che tali questioni devono essere considerate estranee all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, come rilevato al punto 38 della presente sentenza.

85 Nel caso di specie, spetta al giudice del rinvio determinare se l'attività di guardia svolta da B. K. rientri in una delle ipotesi di cui ai punti da 73 a 83 della presente sentenza. In caso di risposta negativa, tale attività dovrà essere considerata soggetta all'ambito di applicazione della direttiva 2003/88. A tal riguardo, non si può escludere, alla luce del fascicolo di cui dispone la Corte, che tale giudice possa considerare che l'attività di guardia di cui trattasi nel procedimento principale costituisce un'operazione militare propriamente detta, di modo che essa esula dall'ambito di applicazione di tale direttiva.

86 Infine, occorre precisare che, anche quando i militari esercitano attività che rientrano pienamente nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/88, quest'ultima contiene, contrariamente a quanto sostiene il governo francese, deroghe ai diritti da essa istituiti, che possono essere fatte valere dagli Stati membri nei confronti di tali militari.

87 Ciò vale, in ogni caso, per l'articolo 17, paragrafo 3, lettere b) e c), di detta direttiva, che consente, in sostanza, di derogare, a determinate condizioni, agli articoli 3, 4, 5, 8 e 16 di quest'ultima, tanto per le attività di guardia, sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di garantire la protezione dei beni e delle persone, quanto per le attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio o della produzione.

88 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88, letto alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, deve essere interpretato nel senso che un'attività di guardia esercitata da un militare è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva:

– quando tale attività ha luogo nell'ambito della sua formazione iniziale, di un addestramento operativo o di un'operazione militare propriamente detta,

– oppure quando essa costituisce un'attività particolare a tal punto da non prestarsi a un sistema di avvicendamento degli organici che consenta di garantire il rispetto delle esigenze della detta direttiva,

– oppure quando risulta, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che tale attività è svolta nell'ambito di eventi eccezionali, la cui gravità e la cui ampiezza richiedono l'adozione di misure indispensabili alla tutela della vita, della salute e della sicurezza della collettività e la cui corretta esecuzione sarebbe compromessa se dovessero essere rispettate tutte le norme previste dalla detta direttiva,

– oppure quando l'applicazione della detta direttiva a una siffatta attività, imponendo alle autorità interessate di istituire un sistema di avvicendamento o di pianificazione dell'orario di lavoro, potrebbe avvenire solo a discapito del corretto svolgimento delle operazioni militari propriamente dette.

Sulla seconda questione

89 In via preliminare, occorre precisare che, nell'ambito della risposta alla seconda questione sottoposta dal giudice del rinvio, l'espressione «periodo di guardia» sarà utilizzata al fine di designare tutti i periodi in cui il militare, durante la sua attività di guardia, resta unicamente a disposizione dei suoi superiori, senza esercitare effettivamente un'attività di sorveglianza.

90 Peraltro, va sottolineato che dalla decisione di rinvio risulta che la controversia principale riguarda esclusivamente la retribuzione, in quanto ore di lavoro straordinario, dei periodi di guardia svolti da B. K.

91 Pertanto, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, occorre riformulare la seconda questione e considerare che, con quest'ultima, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2 della direttiva 2003/88 debba essere interpretato nel senso che esso impone che un periodo di guardia nel corso del quale il militare è tenuto a rimanere nella caserma cui è assegnato, ma non vi svolge un lavoro effettivo, sia considerato come orario di lavoro, ai fini della determinazione della retribuzione dovuta a tale militare per un periodo siffatto.

92 Si deve inoltre precisare che la risposta a tale questione sarà pertinente per la controversia di cui al procedimento principale solo nel caso in cui il giudice del rinvio dovesse giungere alla conclusione che l'attività di guardia di cui trattasi nel procedimento principale non è esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/88.

93 Fatte salve tali precisazioni preliminari, occorre, in primo luogo, ricordare che rientra nella nozione di «orario di lavoro», ai sensi della direttiva 2003/88, la totalità dei periodi di guardia nel corso dei quali i vincoli imposti al lavoratore siano di natura tale da pregiudicare in modo oggettivo e assai significativo la facoltà, per quest'ultimo, di gestire liberamente, nel corso dei periodi in questione, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti e di dedicare tale tempo ai propri interessi. Viceversa, qualora i vincoli imposti al lavoratore nel corso di un periodo di guardia determinato non raggiungano un siffatto grado di intensità e gli permettano di gestire il proprio tempo e di dedicarsi ai propri interessi senza limitazioni significative, soltanto il tempo connesso alla prestazione di lavoro che viene, se del caso, effettivamente realizzata nel corso di un periodo siffatto costituisce «orario di lavoro», ai fini dell'applicazione di tale direttiva [sentenza del 9 marzo 2021, Radiotelevizija Slovenija (Periodo di reperibilità in un luogo remoto), C-344/19, EU:C:2021:182, punti 37 e 38, nonché giurisprudenza ivi citata].

94 Per quanto riguarda i periodi di guardia effettuati su luoghi di lavoro che, come nel caso di specie, non coincidono con il domicilio del lavoratore, l'elemento determinante per considerare sussistenti gli elementi caratteristici della nozione di «orario di lavoro», ai sensi della direttiva 2003/88, è il fatto che il lavoratore sia costretto ad essere fisicamente presente sul luogo designato dal datore di lavoro e a rimanere ivi a disposizione di quest'ultimo al fine di poter fornire immediatamente i propri servizi in caso di necessità, fermo restando che il luogo di lavoro deve essere inteso come qualsiasi luogo in cui il lavoratore è chiamato ad esercitare un'attività su ordine del suo datore di lavoro, anche quando tale luogo non sia il posto in cui egli esercita abitualmente la propria attività professionale. Poiché, nel corso di un siffatto periodo di guardia, il lavoratore deve rimanere distante dal suo ambiente sociale e familiare e beneficia di una minore libertà per gestire il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti, tutto questo periodo deve essere qualificato come «orario di lavoro», ai sensi della direttiva 2003/88, indipendentemente dalle prestazioni di lavoro realmente svolte dal lavoratore nel corso di tale periodo [sentenza del 9 marzo 2021, Radiotelevizija Slovenija (Periodo di reperibilità in un luogo remoto), C-344/19, EU:C:2021:182, punti da 33 a 35, e giurisprudenza ivi citata].

95 Da quanto precede risulta che, supponendo che la direttiva 2003/88 vi si applichi, un periodo di guardia imposto ad un militare che comporti la sua presenza continua sul luogo di lavoro deve essere considerato orario di lavoro, ai sensi dell'articolo 2, punto 1, di tale direttiva, qualora tale luogo di lavoro non coincida con il suo domicilio.

96 In secondo luogo, tuttavia, si deve sottolineare che, fatta eccezione per la particolare ipotesi relativa alle ferie annuali retribuite, contemplata dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, tale direttiva si limita a disciplinare alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro al fine di garantire la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, cosicché, in linea di principio, essa non si applica alla retribuzione dei lavoratori [sentenza del 9 marzo 2021, Radiotelevizija Slovenija (Periodo di reperibilità in un luogo remoto), C-344/19, EU:C:2021:182, punto 57 e giurisprudenza ivi citata].

97 Pertanto, la modalità di retribuzione dei lavoratori per i periodi di guardia da essi svolti rientra non già nella direttiva 2003/88, bensì nelle pertinenti disposizioni del diritto nazionale. Tale direttiva non osta, di conseguenza, all'applicazione di una normativa di uno Stato membro, di un accordo collettivo di lavoro o di una decisione di un datore di lavoro, che, ai fini della retribuzione di un servizio di guardia, prenda in considerazione in maniera differente i periodi nel corso dei quali vengono realmente effettuate delle prestazioni di lavoro e quelli durante i quali non viene svolto alcun lavoro effettivo, anche qualora tali periodi debbano essere considerati, nella loro

totalità, come «orario di lavoro» ai fini dell'applicazione della direttiva suddetta [sentenza del 9 marzo 2021, Radiotelevizija Slovenija (Periodo di reperibilità in un luogo remoto), C-344/19, EU:C:2021:182, punto 58, e giurisprudenza ivi citata].

98 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un periodo di guardia nel corso del quale un militare è tenuto a rimanere all'interno della caserma cui è assegnato, ma non vi svolga un lavoro effettivo, sia retribuito in modo diverso da un periodo di guardia durante il quale egli effettua prestazioni di lavoro effettivo.

Sulle spese

99 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) **L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, letto alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, deve essere interpretato nel senso che un'attività di guardia svolta da un militare è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva:**

   – **quando tale attività ha luogo nell'ambito della sua formazione iniziale, di un addestramento operativo o di un'operazione militare propriamente detta,**

   – **oppure quando essa costituisce un'attività particolare a tal punto da non prestarsi a un sistema di avvicendamento degli organici che consenta di garantire il rispetto delle esigenze della detta direttiva,**

   – **oppure quando risulta, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che tale attività è svolta nell'ambito di eventi eccezionali, la cui gravità e la cui ampiezza richiedono l'adozione di misure indispensabili alla tutela della vita, della salute e della sicurezza della collettività e la cui corretta esecuzione sarebbe compromessa se dovessero essere rispettate tutte le norme previste dalla detta direttiva,**

   – **oppure quando l'applicazione della detta direttiva a una siffatta attività, imponendo alle autorità interessate di istituire un sistema di avvicendamento o di pianificazione dell'orario di lavoro, potrebbe avvenire solo a discapito del corretto svolgimento delle operazioni militari propriamente dette.**

2) **L'articolo 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un periodo di guardia nel corso del quale un militare è tenuto a rimanere all'interno della caserma cui è assegnato, ma non vi svolga un lavoro effettivo, sia retribuito in modo diverso da un periodo di guardia durante il quale egli effettua prestazioni di lavoro effettivo.**

Firme

Documentazione e giurisprudenza internazionale

a cura di Francesca Graziani

La responsabilità dello Stato per le violazioni dei diritti umani all'estero alla luce del caso Litvinenko

State Responsibility for Human Rights Violations Abroad in Light of the Litvinenko Case

Valeria Eboli

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La ricostruzione della vicenda fattuale. – 2.1. La vicenda giudiziaria. – 3. Aspetti giuridici. – 3.1. L'attribuzione dell'atto allo Stato. – 3.2. L'applicabilità extraterritoriale della CEDU. – 4. Violazione del diritto alla vita. – 4.1. Aspetti procedurali. – 4.2. Aspetti sostanziali. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il 21 settembre 2021, la Corte di Strasburgo ha reso una decisione sul caso *Carter c. Russia*[1], relativo alla violazione del diritto alla vita di Aleksandr Valterovich Litvinenko, l'ex funzionario dei Servizi di intelligence deceduto a Londra il 23 novembre 2006[2].

La Corte si è pronunciata in seguito a un ricorso presentato dalla moglie dello stesso, Maria Anna Carter *alias* Marina Anatolyevna Litvinenko[3], che lamentava la violazione dell'art. 2 "diritto alla vita" della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*infra* CEDU)[4]. La ricorrente sosteneva che il presunto omicidio del marito fosse stato perpetrato su mandato o con l'acquiescenza o la connivenza ("*on the direction or with the acquiescence or connivance*") dello Stato di appartenenza e che lo stesso non avesse proceduto a condurre una accurata, lunga e meticolosa indagine[5].

La Corte ha ritenuto occorsa una violazione dell'art. 2 in relazione agli aspetti sostanziali e procedurali e ha condannato la Russia al risarcimento di danni non materiali alla ricorrente quantificati in centomila euro[6].

Sotto il profilo sostanziale, la Corte ha statuito che la morte dell'ex funzionario russo fosse avvenuta a causa di un avvelenamento ad opera di due persone che avrebbero agito per conto della Federazione Russia nel territorio del Regno Unito e che la somministrazione di veleno sia configurabile come esercizio di potere fisico e controllo sulla persona corrispondente a una situazione assimilabile a un'uccisione mirata ("*targeted killing*").

---

[1] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, ricorso n. 20914/07, 21/09/2021, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-211972%22]}.

[2] Per una ricostruzione degli eventi, v., J. F. O. MCALLISTER, TIMOTHY J. BURGER, JESSICA CARSEN, PETER GUMBEL, JEFF ISRAELY, YURI ZARAKHOVICH, *The Spy Who Knew Too Much,* TIME USA, LLC Time International (Canada Edition), 2006, Vol.168 (25), p.17-23; M. HIRSH, O. MATTHEWS, A. NEMTSOVA, M. HOSENBALL, S. MCGUIRE, G. BROWNELL, W.UNDERHILL, *Russian Roulette,* Newsweek LLC, 2006, Vol.148 (24), p.42-45; J. FEL'STINSKIJ, A. LITVINENKO, A. CRISTOFORI, *Russia: il complotto del KGB*, Milano, Bompiani Overlook; c2007; SIXSMITH, MARTIN *The Litvinenko file : politics, polonium and Russia's war with itself,* London: Pan Books; 2008; L. MCLAREN *Poisoned Diplomacy*, St. Joseph Communications Maclean's, 2016, Vol.129 (5), p.35-36; J. HARRISON; T. FELL, R. LEGGETT, D. LLOYD, M. PUNCHER, M. YOUNGMAN, *The polonium-210 poisoning of Mr Alexander Litvinenko*, England: IOP Publishing Journal of radiological protection, 2017-02-28, Vol.37 (1), p. 266-278.

[3] Sulla duplicità dei nomi, v. infra par. 1.

[4] Consiglio d'Europa, *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, firmata a Roma, il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953, *European Treaty Series (ETS)*, no. 5.

[5] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 1.

[6] V. *infra.* Sulla riparazione, v. Cohen-Jonathan*, G., Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, in Mélanges en hommage à Pierre Lambert,* Bruxelles: Bruylant, 2000, p. 109-140.

Sotto il profilo procedurale, i giudici hanno rilevato la carenza di indagini lunghe e minuziose svolte da parte delle autorità locali, in violazione dell'art. 2 CEDU, e l'inadempimento dello Stato resistente riguardo all'obbligo di produrre la documentazione richiesta dalla Corte, opponendo un rifiuto ingiustificato, in violazione dell'art. 38 della CEDU.

Sotto il profilo giuridico, come evidenziato sin dai primi commenti[7], la decisione appare di grande interesse, in quanto la Corte ritorna sul dibattuto tema dell'applicabilità extraterritoriale della CEDU, arricchendo con nuove considerazioni la precedente e già variegata giurisprudenza al riguardo.

Inoltre, la Corte applica il principio riportato nell'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti[8] per l'attribuzione alla Russia della condotta di individui, ritornando sulla parimenti discussa questione del criterio della direzione e controllo da parte delle Autorità statali.

Dopo una presentazione del caso di specie, si procederà a una disamina delle principali questioni giuridiche che emergono dallo stesso, evidenziando gli elementi di conferma o discontinuità rispetto alla prassi precedente della Corte di Strasburgo, con particolare riferimento all'applicabilità extraterritoriale della CEDU.

2. La ricostruzione della vicenda fattuale

Aleksandr Valterovich Litvinenko al tempo dei fatti godeva di asilo nel Regno Unito insieme alla famiglia, essendo espatriato dalla Federazione russa, dove dal 1988 in poi aveva lavorato per il Comitato dell'USSR per la Sicurezza dello Stato (KGB) e le Agenzie che ne avevano ereditato il ruolo nella successiva Federazione russa, il Servizio di Sicurezza federale (FSB), in ipotesi, impiegato sia nell'unità che si occupava del crimine organizzato, sia nel Dipartimento antiterrorismo[9].

Nel 1998, Litvinenko aveva informato l'Ufficio del Procuratore militare e il nuovo Direttore della FSB di aver ricevuto nel 1997 l'ordine di condurre talune operazioni lui ritenute non pienamente legittime. Esse includevano la possibilità di incidere sulla persona di Boris Berezovskiy, noto uomo d'affari russo, che Litvinenko ben conosceva. Nel 1998, Litvinenko aveva, altresì, reso pubbliche le suddette accuse durante una conferenza stampa[10].

Successivamente, nel dicembre dello stesso anno, Litvinenko era stato congedato dalla FSB e poi arrestato nel mese di marzo dell'anno successivo e trattenuto in stato di detenzione preventiva per otto mesi nella struttura penitenziaria della FSB di Lefortovo, accusato di abuso di poteri pubblici. Quindi era stato rilasciato in seguito all'intervento dell'Autorità giudiziaria e immediatamente tratto nuovamente in arresto per analoghi capi di imputazione.

Riuscito a scagionarsi dalle accuse e rilasciato, erano stati avviati ulteriori procedimenti nei suoi confronti con l'accusa di aver falsificato le prove e condannato in contumacia nel 2002.

Nel frattempo nel 2000, il Regno Unito aveva concesso loro asilo, e aveva consentito il cambiamento del nome in Edwin Redwald Carter, così come la moglie in Maria Anna Carter.

Il 13 ottobre 2006, entrambi i coniugi erano stati naturalizzati cittadini britannici[11].

---

[7] M. MILANOVIC, *European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko*, EJIL Talk September 23, 2021, <https://www.ejiltalk.org/european-court-finds-russia-assassinated-alexander-litvinenko/>.

[8] International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, 53th Session, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, art. 25; J. CRAWFORD, *State responsibility*, Cambridge 2013, pp. 274 ss., J. CRAWFORD, *Commentary on Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, Cambridge, 2002.

[9] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 6.

[10] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 7.

[11] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., parr. 8-9.

A novembre dello stesso anno, l'ex funzionario russo si era ammalato e a ciò era seguito il decesso in ospedale. Fu stabilito che la causa della morte fosse una sindrome acuta da radiazioni, causata da livelli altissimi di polonio 210, assunto mediante ingestione[12].

Erano state rinvenute tracce di polonio in tutti i luoghi dove i due erano stati.

In Russia, il Procuratore generale ha dato avvio alle indagini sul caso nel 2006. Parimenti nel Regno Unito le indagini sono state condotte dall'*United Kingdom Crown Prosecution Service* (CPS)[13], che ha richiesto l'assistenza delle Autorità russe ai sensi della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959[14].

Successivamente è stata costituita una commissione di inchiesta, presieduta da Sir Robert Owen, con il fine di (i) «*ascertain (...) how, when and where [Litvinenko] came by his death* (...)[and] *identify (...) where responsibility for the death lies*[15]».

All'esito della stessa, la commissione ha determinato che il 1 novembre 2006 Litvinenko è stato avvelenato mediante somministrazione di polonio 210.

L'inchiesta ha evidenziato come fosse difficilmente ipotizzabile che dei privati potessero entrare in possesso di polonio 210, in quanto rinvenibile soltanto presso i reattori nucleari, generalmente posti sotto il controllo statale.

Le risultanze dell'inchiesta sono state ritenute utilizzabili dalla Corte per l'accertamento dei fatti, nonostante l'istanza sulla relativa inammissibilità prodotta dalla Federazione Russa[16].

La Corte ha ritenuto di non dichiararla e di utilizzare il rapporto finale dell'inchiesta, dopo aver accertato che essa era stata condotta all'interno del Regno Unito sulla base di criteri che assicuravano l'imparzialità e l'indipendenza degli inquirenti, e che era passibile di essere oggetto di controllo giurisdizionale nonché fondata su prove consistenti[17].

2.1. La vicenda giudiziaria

La moglie di Aleksandr Valterovich Litvinenko ha adito la Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione degli articoli 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di tortura) della medesima dalla Russia, in quanto il marito «*had been murdered in a particularly painful manner*[18]».

Il ricorso è stato presentato il 21 Maggio 2007. Il lavori della Corte sono stati sospesi dal 16 dicembre 2014 all'otto marzo 2016 per attendere le risultanze dell'inchiesta della CPS sopra menzionata.

La Corte ha reso la sua decisione il 21 settembre 2021, presa con sei voti favorevoli e uno contrario[19], corredata da una *dissenting opinion* del giudice russo Dmitry Dedov.

La Corte si è pronunciata sulla questione preliminare relativa al diniego opposto senza giustificazione dalla parte resistente di produrre taluni documenti ai sensi dell'art. 38 CEDU, necessari alla Corte a fini istruttori, riscontrandone la violazione. Inoltre si è pronunciata sulla richiesta della Russia di non ammettere le risultanze dell'inchiesta condotta dalle autorità britanniche, respingendola[20].

---

[12] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., parr. 13 ss.

[13] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 36.

[14] Consiglio d'Europa, *Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, aperta alla firma a Strasburgo il 20 aprile 1959, entrata in vigore il 12 giugno 1962, ETS n. 30.

[15] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 48.

[16] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 95.

[17] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 105 e par. 110.

[18] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 111.

[19] La Camera, di sette giudici, era così costituita: Paul Lemmens (Belgio), *President*, Georgios Serghides (Cipro), Dmitry Dedov (Russia), Georges Ravarani (Lussemburgo), Darian Pavli (Albania), Anja Seibert-Fohr (Germania), Peeter Roosma (Estonia), e Milan Blasko, *cancelliere della sezione.*

[20] V. *supra*.

Nel merito si è pronunciata sulla violazione dell'art. 2 CEDU, in relazione agli aspetti sostanziali e procedurali.

La decisione diventa definitiva decorso il termine di tre mesi di cui agli articoli 43 e 44 della Convenzione, durante il quale ciascuna delle parti può chiedere di sottoporre il caso alla Grande Camera della Corte.

3. Aspetti giuridici

Dalla vicenda emergono due profili di particolare interesse sotto il profilo giuridico, relativi l'uno all'attribuzione delle condotte e l'altro all'applicabilità *ratione loci* della CEDU.

I due profili della giurisdizione e dell'attribuzione sono autonomi benché correlati.

3.1. L'attribuzione dell'atto allo Stato

Nel caso di specie l'atto era stato compiuto presumibilmente da individui non investiti di cariche istituzionali. Al fine di attribuire l'atto allo Stato[21], la Corte si è avvalsa dell'ausilio dei criteri enucleati nell'ambito del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti[22] e, in particolare, a quello enunciato dall'art. 8 del medesimo[23].

Com'è ben noto, il Progetto non rappresenta di per sé un documento giuridicamente vincolante, ma in parte rispecchia il contenuto di norme di diritto internazionale generale, per cui è un utile ausilio per l'interprete[24].

L'attribuzione dell'atto allo Stato è il presupposto necessario per poterne successivamente eventualmente valutare i profili di responsabilità[25].

Sono considerati atti dello Stato, tra l'altro, i comportamenti di organi di uno stato (c.d. organi *de iure*), quelli di persone o enti che esercitino prerogative dell'autorità di governo (c.d. organi *de facto*), quelli di organi messi a disposizione da uno Stato a un altro Stato, quelli esercitati da persona o gruppo di persone che di fatto esercitano prerogative dell'autorità di governo in assenza o in mancanza delle autorità ufficiali ed in circostanze tali da richiedere l'esercizio di quelle prerogative[26], ogni comportamento adottato e riconosciuto come proprio dallo Stato[27].

---

[21] Luigi Condorelli and Claus Kress, *The Rules of Attribution: General Considerations* in James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett (eds.), *The Law of International Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 221-236.

[22] *International Law Commission*, *Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, *53th Session*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. *Ex multis*, v. J. CRAWFORD, *State responsibility*, Cambridge 2013, J. CRAWFORD, *Commentary on Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, Cambridge, 2002, R. AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1978.

[23] L'art. 8 risulta così formulato:

Article 8 – Conduct directed or controlled by a State

«*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct»*.

International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, cit., art. 8.

[24] Cfr. Luigi Condorelli and Claus Kress, *The Rules of Attribution : General Considerations* in James CRAWFORD, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett (eds.), *The Law of International Responsibility,* cit., pp. 221-236; Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and general international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

[25] Cfr. Pieter Jan Kuijper, *Attribution - Responsibility - Remedy: Some Comments on the EU in Different International "Regimes",* in *Revue belge de droit international*, 2013, Vol. 47, No. 1, p. 57-77.

[26] J. MOMTĀZ, *Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities empowered to Exercise Elements of Governmental Authority* in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (eds.), *The Law of International Responsibility,* cit., pp. 237-246.

Ai sensi dell'art. 8, allo stato possono essere attribuiti gli atti di individui o gruppi che agiscono in ottemperanza alle sue istruzioni ovvero sotto la sua direzione e controllo.

La Corte non si sofferma in tale sede sulla nozione di direzione e controllo.

Preliminarmente occorre precisare che in tema di responsabilità internazionale dello Stato, la nozione di controllo è qui riferita alla relazione intercorrente tra lo Stato i gli individui, che non ne sono organi né *de jure* né *de facto*, i cui atti possono comunque essere attribuiti allo Stato[28]. Diversa è la nozione di controllo del territorio e correlato esercizio di giurisdizione[29] da parte dello Stato all'estero, menzionata ex art. 1 CEDU per descrivere l'ambito di applicazione *ratione loci* della Convenzione stessa, su cui ci si soffermerà più avanti in relazione alla nozione di extraterritorialità.

La nozione di atti sotto la direzione o il controllo dello Stato è stata variamente interpretata[30]. Nella precedente giurisprudenza, la stessa Corte ne aveva dato un'interpretazione estensiva, facendo riferimento al c.d. controllo globale, a partire dal caso *Loizidou c. Turchia*[31]. In particolare il Giudice di Strasburgo aveva evocato la necessità di un "effective *overall control* test" per accertare il legame tra l'individuo o gruppo di individui e lo stato. Nel caso di specie, per la Corte, tale controllo globale si concretizzava nel fatto che la Turchia esercitasse un controllo generalizzato sull'area in cui erano avvenuti i fatti, ovvero il nord di Cipro, per cui ne derivava un controllo sulle autorità locali[32]. In tale interpretazione appare esservi una correlazione tra il controllo territoriale e quindi l'esercizio di giurisdizione all'estero[33] e il controllo sugli individui, i cui atti sarebbero attribuibili allo Stato in base al principio di cui all'art. 8 del Progetto di articoli.

Tale interpretazione è stata a più riprese confermata dalla Corte. Nel caso *Cipro c. Turchia*[34] la Corte ha affermato che '[*w]here a Contracting State exercises overall control over an area outside its National territory, its responsibility is not confined to the acts of its soldiers or officials in that area but also extends to acts of the local administration which survives there by virtue of its military and other support*' [35]. Parimenti la stessa nozione di controllo globale è stata ritenuta nei casi *Ilaşcu c. Repubblica di Moldova e Russia e Ivanţoc e altri v. Repubblica di Moldova e Russia*[36], nonché *ne*l caso *Issa c. Turchia*[37].

---

[27] *International Law Commission*, *Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, cit., art. 4-11. V.

[28] Attribuzione è l'attività preliminare da compiersi per ritenere un atto compiuto allo Stato entità astratta. Esso *agisce* in virtù del rapporto di rappresentanza organica, per cui sono da intendersi compiuti dallo Stato gli atti dei suoi organi. Tuttavia vi sono una serie di altre ipotesi, enumerate negli artt. 4-11 del progetto di articoli, in cui può esservi l'attribuzione di un atto allo Stato anche se non compiuto dai suoi organi *de jure.* Cit. CRAWFORD V. *International Law Commission*, *Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, cit. ; J. CRAWFORD, *State responsibility*, Cambridge 2013, J. CRAWFORD, *Commentary on Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, cit.; R. AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, cit.

[29] V. *infra*.

[30] V. A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 18 no. 4, EJIL 2007, pp. 649-668.

[31] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Loizidou v. Turkey* (*preliminary objections*), 23 marzo 1995, *Series A no.* 310.

[32] V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Cyprus v. Turkey* [GC], cit., par. 77, in cui la Corte afferma che «*[w]here a Contracting State exercises overall control over an area outside its national territory, its responsibility is not confined to the acts of its soldiers or officials in that area but also extends to acts of the local administration which survives there by virtue of its military and other support*».

[33] V. Valeria Eboli, *Gli effetti extraterritoriali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, sez. Dottrina, n. 12, dic. 2003, pp. 2427-2436.

[34] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Cyprus v. Turkey* [GC], ricorso n. 25781/94, ECHR 2001-IV, par. 77

[35] *Ibidem.*

[36] In *Ilaşcu e altri c. Repubblica di Moldova e Russia*, la Corte ha ravvisato l'esistenza di un controllo della regione della Transistria da parte della Russia, in quanto essa provvedeva al supporto militare, politico e finanziario del partito separatista. Inoltre, la consegna dei ricorrenti ai separatisti ad opera della Russia era parimenti da ritenersi un atto tale da comportare la responsabilità dello Stato. Pertanto la Transistria era sotto l'effettiva o autorità o quantomeno

La nozione di controllo effettivo è stata interpretata in modo differente da altri giudici internazionali, come la Corte internazionale di giustizia. Nel caso Nicaragua c. USA del 1986[38], è stato chiarito come per *effective control* dovesse intendersi quello diretto dello Stato sugli individui agenti[39]. In tal caso, si guarda al controllo e alla direzione data dallo stato rispetto allo specifico atto dell'individuo che comporta la violazione di una norma internazionale. L'atto è attribuibile allo stato se nel caso specifico vi è stata tale relazione, a prescindere da un controllo globale generalizzato.

Nel caso di specie, relativo al conflitto armato di carattere non internazionale in Nicaragua, tra le forze armate governative ed altri gruppi armati, la Corte ha distinto due classi di individui operanti nell'ambito del conflitto nicaraguense. Alcuni erano pagati equipaggiati, supportati dallo Stato estero, i.e. gli Stati Uniti d'America, e pertanto operanti sotto la sua direzione, con conseguente attribuibilità dei loro atti allo Stato stesso[40].

Viceversa, il mero supporto dato alla milizia dei *contras* da parte degli Stati Uniti non è stato ritenuto determinante dalla Corte ai fini dell'attribuibilità dei loro atti allo Stato estero[41], non avendo la Corte ravvisato l'esistenza di una direzione specifica dello stesso rispetto al compimento di singoli atti da parte di quel gruppo di individui. Essa ha difatti rilevato che al fine di poter attribuire l'atto allo Stato "*it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed*"[42].

La stessa Corte internazionale di Giustizia, nel caso *Bosnia c. Serbia*[43], ha passato in rassegna molti dei criteri di attribuzione di un atto di individui allo Stato, per valutare l'attribuibilità di talune condotte in violazione della Convenzione sulla repressione del crimine di

---

l'influenza della Russia, tanto da potersi ritenere sotto la sua giurisdizione. V. La Corte si è pronunciata in tal senso anche nel caso *Ivantoc e altri c. Repubblica di Moldova e Russia*. V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], ricorso n. 48787/99, ECHR 2004-VII, Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Ivanţoc and Others v. Moldova and Russia*, ricorso n. 23687/05, 15 novembre 2011. V. Samantha Besson, *Concurrent Responsibilities under the European Convention on Human Rights : the Concurrence of Human Rights Jurisdictions, Duties, and Responsibilities*, in Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and general international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 155-177.

[37] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Issa and Others v. Turkey*, ricorso n. 31821/96, 16 novembre 2004.

[38] ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits)*, judgment of 27 June 1986, at paras. 105 – 115.

[39] V. A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, cit., p. 652.

[40] *Ibidem.*

[41] In tal caso è stata individuata una responsabilità in capo allo stesso per atti dei propri organi, per aver contravvenuto alle norme sul divieto di ingerenza negli affari interni dello Stato del Nicaragua e per l'uso illegittimo della forza, ma non gli sono stati attribuiti gli atti dei *contras*. *Ibidem*. Gli Stati Uniti d'America sono stati ritenuti responsabili a titolo diretto per una propria condotta consistente nella produzione di un manuale ("*Operaciones sicológicas en Guerra de guerrillas*") e la sua divulgazione tra i *contras*, di cui è stato ritenuto che avesse «*encouraged the commission by them of acts contrary to general principles of humanitarian law but does not find a basis for concluding that any such acts which may have been committed are imputable to the United States of America as acts of United States of America*» (ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits)* , cit., para 9).

[42] ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits)*, cit., par. 115.

[43] *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 26 Feb. 2007. All'epoca dei fatti lo Stato era denominato "Repubblica federale di Iugoslavia". La Serbia Montenegro ne è stata inizialmente lo Stato successore. Attualmente lo Stato è quello della Serbia, a seguito del verificarsi di una ulteriore vicenda successoria. V. ENVER HASANI, *The Evolution of the Succession Process in Former Yugoslavia*, in *Miskolc journal of international law*, 2007, Vol. 4, No. 2, p. 12-37; V. D. DEGAN, *Legal Position of Serbia and Montenegro following the Break-up of the SFRY,* in *Guerra y paz: 1945-2009: obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Bilbao: Universidad del Pais Vasco, Servicio Editotaral, 2010, pp. 121-165.

genocidio alla Serbia. Tra i criteri presi in considerazione vi è stato anche quello ex art. 8 del Progetto di Articoli, per quanto alla fine ritenuto non sussistente. La Corte ha valutato la possibilità di attribuire allo Stato della Serbia Montenegro alcuni atti della milizia paramilitare denominata "*Scorpions*"[44].

Ha analizzato l'esistenza di un controllo effettivo in relazione a specifiche operazioni, evidenziando come non vi fosse la necessità di provare una completa dipendenza ("*complete dependence*")[45] da parte dello Stato ma fosse, invece, sufficiente, che il gruppo agisse seguendo le sue istruzioni o il suo effettivo controllo in relazione ai singoli atti presi in considerazione[46].

Inoltre, la Corte ha precisato che anche se il crimine di genocidio si sostanzia in una pluralità di atti, separati ma coordinati, che, complessivamente, integrano la fattispecie di reato, la sussistenza di un effettivo controllo da parte dello Stato deve comunque essere verificata rispetto a ognuno dei singoli atti[47].

Nel caso relativo alle attività militari in Congo[48] la CIG ha mantenuto la stessa posizione riguardo al controllo effettivo. In tale occasione, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sull'attribuibilità all'Uganda degli atti del gruppo armato denominato Movimento per la liberazione del Congo (MLC) sotto il comando di Bemba[49]. L'Uganda in tale contesto ha

---

[44] Marko Milanović, *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*, in *European Journal of International Law*, Volume 18, Issue 4, September 2007, Pages 669 - 694.

[45] La Corte internazionale di Giustizia ha ritenuto di non applicare l'*overall control test* ai fini dell'attribuzione di un atto allo Stato considerando che *«the – overall control – test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct [...] the "overall control" test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State's organs and its international responsibility» 71 . ICJ, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, cit., p*ar. 406.*

La Corte qui si discosta dalla giurisprudenza del Tribunale internazionale per i crimini commessi nella ex Iugoslavia, Prosecutor v Tádic case (IT- 94-1-A), Appeals Chamber of ICTY, Judgment of 15 July 1999 (*Tádic case*).

Nel caso Tádic, la camera di Appello del *Tribunale internazionale per i crimini commessi nella ex Iugoslavia* era chiamata, tra l'altro, a determinare se il conflitto armato tra Bosnia e Herzegovina e la Repubblica Federale di Iugoslavia, che era chiaramente internazionale fino al 19 maggio 1992, avesse conservato tale natura anche dopo. Per tale motivo era determinante rilevare «*whether the Bosnian Serb Forces- in whose hands the Bosnian victims in this case found themselves - could be considered as de iure or de facto organs of a foreign Power, namely the FRY*». ICTY, *Prosecutor v Tádic case, cit.supra.*

La Corte, in primo luogo ha analizzato le norme di diritto internazionale umanitario per l'individuazione dei legittimi combattenti e i relativi criteri, arrivando alla conclusione che «*the Third Geneva Convention, by providing in Article 4 the requirement of "belonging to a Party to the conflict", implicitly refers to a test of control*». ICTY, *Prosecutor v Tádic case, cit.,* par. 89. Quindi, dopo aver rilevato che il diritto internazionale umanitario è «*grounded on the notion of effectiveness [...] holds accountable not only for those having formal positions of authority but also those who wield de facto power as well as those who exercise control over perpetrators of serious violations of international humanitarian law*». La Corte si è soffermata sull'esigenza di specificare «*what degree of authority or control must be wielded by a foreign State over armed forces fighting on its behalf in order to render international an armed conflict which is prima facie internal*», considerando a tal fine *«international humanitarian law does not contain any criteria unique to this body of law for establishing when a group of individuals may be regarded as being under the control of a State, that is as acting as de facto State officials»* ICTY, *Prosecutor v Tádic case, cit.,* par. 89., rispettivamente par. 90 e parr. 97-98. Per alcune riflessioni critiche sul caso del genocidio in Bosnia, v. A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, cit..

[46] «*not generally in respect of the overall actions taken*» *(*ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, cit*., par. 400).

[47] Pronunciandosi in tal senso, la Corte ha rigettato l'opposta tesi prospettata dal ricorrente, secondo cui, in tal caso, il test dell'effettivo controllo dovesse essere riferito all'operazione complessivamente intesa. Para. 401.

[48] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J Reports* (*2005*) p. 168. Cfr. Stephan TALMON (2009), "The responsibility of outside powers for the acts of secessionist entities" *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 58 pp. 493-517.

[49] ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), cit., par. 155.*

riconosciuto di aver fornito supporto militare e addestramento a tale gruppo[50], ma ciò non è stato ritenuto sufficiente dalla Corte internazionale di Giustizia ai fini dell'attribuzione dell'atto del gruppo armato allo Stato[51].

Alla luce della nozione di controllo effettivo emergente dalla prassi giurisprudenziale, nel caso di specie la Corte di Strasburgo sembra che abbia aderito all'indirizzo del controllo esercitato dagli individui in relazione al compimento dello specifico atto, piuttosto che alla nozione di controllo globale enucleata a partire dal citato caso *Loizidou*.

Nel caso in esame, peraltro, a differenza dei casi presi in esame nella giurisprudenza precedente, gli agenti erano individui privati e non membri di gruppi armati o delle forze armate o di polizia ovvero rappresentanti del governo locale operanti sotto l'influenza dello Stato estero.

La questione giuridica in esame, pertanto, si dimostra di particolare interesse, in quanto apre la strada a un nuovo indirizzo in tema di attribuzione dell'atto allo Stato, in relazione a operazioni mirate, c.d. *targeted killings*, condotte da privati per conto dello Stato o eventualmente anche altre tipologie di attività risultanti in violazioni dei diritti garantiti dalla CEDU[52].

3.2. L'applicabilità extraterritoriale della CEDU

Ai fini dell'applicazione della CEDU, gli atti dello Stato (*i.e.* attribuiti allo Stato) rilevanti sono quelli che rientrano sotto la sua giurisdizione[53].

Vi è, difatti, un profilo di distinzione tra il concetto di giurisdizione e quello di attribuzione di un atto illecito allo Stato, rilevando quest'ultima come presupposto ai fini dell'imputazione della responsabilità allo Stato[54].

Nel caso *Carter c. Russia* la Corte, sviluppando la precedente giurisprudenza in tema di interpretazione dell'Art. 1 CEDU, riscontra che i fatti dedotti in giudizio possono essere riportati, per le ragioni esposte di seguito, all'ambito della giurisdizione russa e che, pertanto, la Convenzione risulta applicabile.

L'articolo 1 della CEDU individua la sfera di applicazione della stessa, specificando che gli Stati contraenti sono obbligati a garantire i diritti ivi previsti a chiunque rientri nella loro giurisdizione[55].

L'estensione dell'obbligo è piuttosto ampia, prescindendo dai tradizionali vincoli della nazionalità e del territorio. I diritti sono garantiti a qualunque essere umano, a prescindere dalla

---

[50] L'Uganda ha riconosciuto di aver sostenuto il gruppo MLC *"while insisting that its assistance to Mr. Bemba –was always limited and heavily conditioned–. Uganda has explained that it gave "just enough" military support to the MLC to help Uganda achieve its objectives".* V. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment,* cit., *par.* 150.

[51] ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment,* cit., par. 160. La Corte ha tuttavia ritenuto che l'Uganda potesse essere ritenuta responsabile in via diretta per la violazione della norma sulla non ingerenza negli affari interni di un altro Stato per il supporto fornito al gruppo armato. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment,* cit., par. 165.

[52] Sull'ampiezza delle prospettive di estensione della sfera della responsabilità dello Stato per violazioni della CEDU, v. Marko Milanovic, *European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko*, cit., secondo cui «*its biggest potential impact down the line would be in its expansion to other rights, such as free expression and privacy*».

[53] V. *infra*.

[54] *Sic* Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], cit., par. 115; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, par. 163. Cfr. Işıl Karakaş, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Evolution of the Court's Jurisprudence on the Notions of Extraterritorial Jurisdiction and State Responsibility*, in Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and general international law*, cit., pp. 112-134.

[55] Sulla nozione di giurisdizione, v. *supra*. V. EBOLI, *Occupazioni militari*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. agg. XII, 2005.

cittadinanza, e ovunque si trovi soggetto all'esercizio dei poteri di pubblica autorità dello Stato, anche al di fuori del territorio su cui il medesimo vanta un titolo di sovranità[56].

Nella decisione *Carter c. Russia*, la Corte fornisce ulteriori precisazioni sulla portata dell'art. 1 CEDU, dopo aver richiamato la precedente giurisprudenza al riguardo.

La Corte ribadisce *in primis* che «*the exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputed to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention*[57]».

Per quanto la competenza giurisdizionale sia primariamente territoriale, vi sono casi eccezionali in cui può essere esercitata all'estero e, quindi, comportare la responsabilità dello Stato per atti imputabili allo stesso[58].

La Corte chiarisce che i due principali criteri riferibili alla giurisdizione extraterritoriale sono quello spaziale oggettivo, inerente al controllo di fatto di un territorio estero da parte delle Autorità statali, e quello personale soggettivo, relativo al controllo da parte dello stato rispetto ad atti compiuti da individui ("*State agent authority and control*")[59].

Nel primo caso si tratta di ipotesi in cui lo Stato esercita all'estero poteri di pubblica autorità in sostituzione del sovrano territoriale. Un esempio è quello dell'*occupatio bellica*[60] quando, dopo la "fine delle maggiori ostilità"[61] la parte al conflitto che ha debellato l'avversario, si sostituisce temporaneamente allo stesso nell'amministrazione del relativo territorio a tutela della popolazione locale[62]. In tal caso si verifica un esercizio di giurisdizione all'estero da parte della c.d. Potenza occupante[63].

---

[56] V. CONALL MALLORY, *Human rights imperialists: the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2020; V. EBOLI, *Gli effetti extraterritoriali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* cit. *supra*.

[57] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 124.

[58] V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 55721/07, ECHR 2011, par. 132; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], ricorso n. 27765/09, ECHR 2012, parr. 130-32, ECHR 2012; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *N. and Others v. Belgium* (dec.) [GC], no. 3599/18, 5 maggio 2020, parr. 97-98 e 101-02.

[59] Par. 125 Tale criterio è stati ben delineato dalla Corte anche in precedenti occasioni, in particolare v. *Al-Skeini and Others*, cit., parr. 133-40, e Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, ricorso n. 38263/08, 21 gennaio 2021, par. 115.

Nella sentenza Georgia c. Russia II si legge «*The obligation which Article 1 imposes on the Contracting States to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms guaranteed by the Convention is, as indicated above, closely linked to the notion of "control", whether it be "State agent authority and control" over individuals or "effective control" by a State over a territory*». Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, par. 136.

[60] V. EBOLI, *Occupazioni militari*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, cit. *supra.*

[61] *Ibidem.*

[62] V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 27021/08, ECHR 2011, con riferimento ad atti delle Autorità britanniche realizzati in Iraq nel periodo in cui, unitamente agli Stati Uniti d'America, ne era Potenza occupante.

V. anche, in altro contesto, il Parere reso dalla Corte internazionale di Giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 2004, p. 136, par. 109.

[63] Per chiarezza si soggiunge che ben diverso è il caso in cui lo stato esercita *proprie* prerogative sovrane all'estero, come nelle sedi diplomatiche o su navi e aeromobili battenti la propria bandiera o registrati presso lo stesso. In tal caso l'esercizio si fonda su un titolo di sovranità, per quanto abbia eccezionalmente luogo all'estero.

Si tratta di casi particolari di inviolabilità di luoghi anche rispetto agli agenti del sovrano territoriale. Per le sedi diplomatiche, v. art. 22 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, firmata a Vienna il 18 aprile 1961, entrata in vigore il 24 aprile 1964. *United Nations, Treaty Series*, vol. 500, p. 95. Il testo è reperibile all'indirizzo <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf>.

Sullo status delle navi da guerra e altre navi dello Stato in servizio governativo, v. art. 32 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, aperta alla firma a Montego Bay il 10 settembre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994. Il testo è reperibile all'indirizzo https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-

La Corte ha avuto occasione di rendere varie pronunce al riguardo, soprattutto in relazione a eventi occorsi in Iraq nella fase di *occupatio bellica* seguita alla caduta del regime baathista di Saddam Hussein[64].

La Corte di Strasburgo ha riconosciuto che vi è esercizio extraterritoriale della giurisdizione da parte di uno Stato contraente ogni qualvolta con il consenso, su invito o per acquiescenza dello Stato territoriale, esercita quei pubblici poteri che normalmente avrebbe esercitato il governo locale[65], ovvero un controllo *effettivo* del territorio[66].

Nel secondo caso ("*State agent authority and control*"), invece, la relazione di controllo rilevante è quella che si instaura tra lo Stato e l'individuo che agisce sotto la sua direzione e controllo, ovvero il suo agente.

Nella maggioranza dei casi analizzati dalla Corte, ha fatto riferimento ad attività compiute all'estero da organi dello Stato[67]. Nel caso Carter, per la prima volta la Corte riconduce allo Stato taluni atti compiuti da privati[68], come meglio evidenziato in seguito.

In entrambe le ipotesi di controllo (oggettivo e soggettivo), il territorio estero rilevante, ovvero quello ove è compiuto l'atto che comporta la violazione di un diritto garantito dalla CEDU, può essere sia quello di un altro Stato contraente della CEDU sia quello di uno Stato terzo, estraneo al contesto regionale europeo.

Nel caso *Banković e altri c. Belgio e altri, relativo a violazioni occorse in relazione ai bombardamenti della Stazione radio TV di Belgrado del 1999*, la Corte aveva discutibilmente[69] sostenuto che la Convenzione potesse essere applicabile all'estero soltanto nel contesto regionale

---

6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Cfr. Andrea De Guttry, *Lo status della nave da guerra in tempo di pace: regime della navigazione e disciplina delle attività coercitive, profili di diritto internazionale*, Milano, *Giuffré*, 1994.

In tal caso gli atti compiuti rientrano a pieno titolo nella giurisdizione statale, come confermato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. È stato chiarito a più riprese che uno Stato è ritenuto responsabile per gli atti compiuti dai sui agenti diplomatici e consolari all'estero e che non può essere invocate nessuna questione di incompatibilità *ratione loci* in relazione alle missioni diplomatiche. V. *X. v. Germany*, Commission decision of 25 September 1965; *Al-Skeini v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 134.

Per quanto riguarda gli atti compiuti a bordo di aeromobili o navi registrati nello Stato o battenti la sua v. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], cit. parr. 77 e 81; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], ricorso no. 52207/99, ECHR 2001-XII, par. 73; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Bakanova v. Lithuania*, ricorso n. 11167/12, 31 maggio 2016, par. 63.

Nel caso di *occupatio bellica*, uno Stato si sostituisce temporaneamente al sovrano territoriale, esercitandone i poteri di pubblica autorità nei confronti della popolazione locale e a tutela della stessa. V. Valeria Eboli, *Occupazioni militari*, cit..

[64] V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], cit. *supra*; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], cit. *supra.*

[65] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Banković and Others v. Belgium and Others, cit., par.* 71.

[66] Il principio del controllo effettivo su un territorio estero, enucleato nel caso *Al-Skeini*, è stato ripreso e ulteriormente sviluppato, *inter alia*, nei casi *Catan e altri c. Repubblica di Moldova e Russia*, *Chiragov e altri c. Armenia, Mozer c. Repubblica di Moldova e Russia*. In *Chiragov e altri c. Armenia*, la Corte ha ritenuto che l'Armenia, tramite la sua presenza militare e le forniture di equipaggiamento militare fosse stata coinvolta ampiamente nel conflitto del Nagorno karabach e che il suo supporto fosse decisivo per il controllo della regione, tanto che la Repubblica del Nagorno Karabach sopravviveva grazie al supporto militare politico e finanziario dell'Armenia. Conseguentemente l'Armenia esercitava un controllo di fatto sul territorio, con conseguente applicabilità della CEDU. V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], cit., parr. 138-39 e142; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], ricorsi nn. 43370/04 e altri due, ECHR 2012, parr. 106-107; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Chiragov and Others v. Armenia* [GC], ricorso n. 13216/05, ECHR 2015, par. 168; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], no. 11138/10, ECHR 2016, par. 98.

[67] V. *infra*.

[68] O. DE FROUVILLE*, Attribution of Conduct to the State: Private Individuals* in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (eds.), *The Law of International Responsibility,* cit., pp. 257-280.

[69] Tale orientamento, criticato dalla dottrina sin dalle prime battute, non ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva della Corte.

dello "spazio giuridico" degli altri contraenti. Ne escludeva, invece, l'applicabilità extraterritoriale con riferimento a violazioni occorse sul territorio di Stati non membri della CEDU[70].

La Corte ha poi modificato la propria posizione nella giurisprudenza successiva. In più occasioni ha ritenuto che la sfera di applicazione extraterritoriale potesse estendersi anche al di fuori del c.d. *spazio giuridico* della CEDU, come, ad esempio, nelle numerose decisioni in cui la Corte si è pronunciata su violazioni dei diritti umani avvenute in Iraq da parte di Stati contraenti[71].

La Corte, nella decisione *Carter c. Russia*, si sofferma più diffusamente sulla seconda ipotesi, ovvero quella della riconducibilità degli atti allo Stato per il controllo esercitato[72] dallo stesso non già sul territorio ma sull'individuo o individui[73] che pongono in essere la condotta materiale, i cosiddetti agenti statali[74].

Richiamando il caso *Al Skeini e altri c. Regno Unito*, la Corte asserisce che "*the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction*"[75].

Conseguentemente ciò implica la responsabilità dello Stato per le eventuali violazioni dei diritti garantiti dalla CEDU discendenti dagli atti commessi all'estero da tali individui sotto il controllo dello Stato[76].

Quindi uno Stato può essere ritenuto responsabile per violazioni dei diritti di persone presenti sul territorio di un altro Stato, che però rientrano sotto la sua giurisdizione ("*authority and control*"[77]) attraverso i propri agenti operanti sul territorio estero. Occorre, inoltre, che detti agenti esercitino un controllo *fisico* sulle vittime[78].

Nella precedente giurisprudenza, la nozione di agenti statali era stata per lo più riferita a membri delle forze armate e di polizia impegnati in alcune operazioni ("*incursions and*

---

[70] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Banković and Others v. Belgium and Others*, cit. V. Valeria Eboli, *Gli effetti extraterritoriali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* cit. *supra*.

[71] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], cit.; Al Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], cit. *supra.*

[72] Sulla nozione di giurisdizione e sull'importanza dell'*effettiva* idoneità dello Stato a incidere sui diritti garantiti, v. in dottrina, Pasquale De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002.

[73] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 giugno1992, Series A no. 240, par. 91; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 marzo 1995, *Series A no. 310, par. 62*;

Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 dicembre 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, par. 52; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Banković and Others v. Belgium and Others*, cit., par. 69.

[74] V. *infra* per maggiori dettagli sulle circostanze del caso di specie.

[75] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 136. La Corte definisce cosa intende per "personal concept of jurisdiction", precisando che "*Jurisdiction in such cases does not arise solely from the control exercised by the Contracting State over the physical premises in which individuals are held but rather from "the exercise of physical power and control over the person in question*". Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 126.

V. Aldo Ingo, Sitepu, *Application of Extraterritorial Jurisdiction in European Convention on Human Rights (Case Study : Al-Skeini and Others v. UK)*, in *Jurnal hukum internasional*, 2016, Vol. 13, No. 3, pp. 353-374.

[76] V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Öcalan v. Turkey* [GC], ricorso n. 46221/99, ECHR 2005-IV, par. 91; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Issa and Others v. Turkey*, ricorso n. 31821/96, 16 novembre 2004, par. 71. Tale approccio è stato ripreso anche successivamente. Cfr. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Isaak v. Turkey* (dec.), ricorso n. 44587/98, 28 settembre 2006, Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Pad and Others v. Turkey* (dec.), ricorso n. 60167/00, 28 giugno 2007, Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Andreou v. Turkey* (dec.), no. 45653/99, 3 giugno 2008, Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Solomou and Others v. Turkey*, ricorso n. 36832/97, 24 giugno 2008, parr. 48-51.

[77] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 127.

[78] V. *infra*.

targeting"[79]) all'estero, per lo più in prossimità del confine nazionale[80]. I membri delle forze armate e di polizia, peraltro, possono essere considerati anche formalmente agenti statali.

Nel caso *Carter c. Russia*, gli atti sono invece compiuti da privati, che rientrano sotto la giurisdizione dello Stato resistente in giudizio.

La *ratio* dell'estensione dell'applicazione della Convenzione al di fuori del dominio strettamente territoriale è ravvisabile nel fatto che uno Stato contraente non può essere legittimato a compiere all'estero attività comportanti una violazione della CEDU che non potrebbe compiere sul proprio territorio[81].

Nel caso di specie la Corte afferma che lo stesso principio di attribuzione vale anche nel caso in cui si verificano esecuzioni mirate ("*extrajudicial targeted killings*"[82]) da parte di agenti statali al di fuori del contesto di un'operazione militare. In tal caso, peraltro, non sarebbe configurabile nemmeno la limitazione alla tutela del diritto alla vita[83] contemplata dall'art. 2 c. 2 della CEDU, come si evince dal combinato disposto degli artt. 2 e 15 § 2 della Convenzione stessa[84].

Occorre rilevare che la Corte ha in tal caso avuto un approccio diverso da quello del caso *Georgia c. Russia II*[85]. In tal ipotesi, relativa a presunte violazioni occorse durante lo svolgimento di operazioni militari[86], la Corte aveva ritenuto non sussistente una giurisdizione dello Stato all'estero né su base oggettiva (controllo territoriale) né soggettiva (controllo sugli agenti statali) per le attività compiute nella fase attiva di un conflitto armato internazionale in corso[87].

La Corte esclude esplicitamente che durante un conflitto armato le forze armate esercitino un controllo territoriale all'estero[88]. Inoltre ritiene che il quadro giuridico di riferimento sia, in tal caso, esclusivamente quello rappresentato dal diritto internazionale umanitario[89].

---

[79] *Ibidem*.

[80] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 130.

[81] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Issa and Others v. Turkey*, cit., par. 71, Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Solomou and Others v. Turkey*, cit., par. 45, Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Isaak v. Turkey*, cit. supra; Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Pad and Others v. Turkey* (dec.), cit. *supra*; Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 128.

[82] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., par. 130.

[83] Sulle limitazioni ex art. art. 2 CEDU, v. H. RUSSELL, *The use of force and Article 2 of the ECHR in light of European conflicts*, Oxford; Portland, Or.: Hart, 2017.

[84] *Ibidem.*

[85] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, cit. V. anche, per i precedenti, Jane Henderson, *Russia's Recent Dealings with the Council of Europe and European Court of Human Rights*, in *European public law*, 2018, Vol. 24, No. 3, p. 393-402.

[86] In generale, v. F. HAMPSON, J., *Article 2 of the Convention and military operations during armed conflict*, in *The right to life under Article 2 of the European Convention on Human Rights : twenty years of legal developments since McCann v. the United Kingdom : in honour of Michael O'Boyle,* Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2017, pp. 191-211.

[87] Vi si legge: "*armed confrontation and fighting between enemy military forces seeking to establish control over an area in a context of chaos not only means that there is no "effective control" over an area (...), but also excludes any form of "State agent authority and control" over individuals*." Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, cit., par. 137.

[88] A tal fine, richiama il fatto che nella prassi degli Stati la clausola di deroga ex art. 15 non è stata mai invocata in relazione a ipotesi di conflitti armati internazionali. Tale argomentazione appare piuttosto debole, a nostro avviso, in quanto pur non essendovi una prassi significativa relativa all'invocazione di detta clausola di deroga in situazioni di occupazione militare postbellica, in cui sicuramente si verifica un esercizio di giurisdizione extraterritoriale, non di meno la CEDU risulta applicabile, come emerge dalla giurisprudenza di Strasburgo sin qui citata. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, cit., par. 139.

[89] Tale approccio appare alquanto discutibile, ove si consideri che la stessa Corte ha a più riprese evidenziato che l'applicabilità della CEDU non è sospesa durante la pendenza di un conflitto armato, a meno che lo Stato non invochi la clausola di deroga. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza del 6 luglio 2005, ricorso n. 57950/00, *Z.A. Isayeva c. Russia*, par. 191; Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza del 24 febbraio 2005, ricorsi n. 57942/00 *M.A. Khashiyev c. Russia* e n. 57945/00 *R.A. Akayeva c. Russia*, par. 170; Corte europea dei

Come rilevato dai primi commentatori, la diversa posizione della Corte assunta nei due casi, con riferimento nell'uno a massicce violazioni dei diritti nel contesto di un conflitto armato internazionale e dall'altro di violazioni isolate occorse in tempo di pace, potrebbe suscitare difficoltà interpretative[90]. Per quanto non esplicitato a chiare lettere, si potrebbe ipotizzare che l'approccio della Corte nel caso *Georgia c. Russia II* potrebbe essere stato motivato anche dal rilievo attribuito alla limitazione del diritto alla vita di cui all'art.2 c. 2 CEDU, con la conseguenza di non valutare le attività compiute durante la fase attiva del conflitto anche con riferimento a bersagli cinetici. Sembra tuttavia dubbio che l'applicazione della CEDU possa ritenersi esclusa *tout court* in tale contesto.

Nella stessa decisione, con riferimento alla fase postbellica, dopo il 12 agosto 2008[91], la Corte ha ritenuto che la Russia abbia esercitato un controllo effettivo territoriale sull'Ossezia del Sud, l'Abacazia e la zona cuscinetto ("*buffer zone*") dal 12 agosto al 10 ottobre 2008, data di ritiro ufficiale delle truppe russe da quei territori e anche successivamente[92]. La protratta presenza russa nell'area e la dipendenza delle autorità locali dalla Federazione russa, come dimostrato anche dai trattati di cooperazione in essere, comproverebbero, secondo la Corte, il permanere di un controllo territoriale e quindi l'estensione extraterritoriale della giurisdizione russa, con conseguente applicabilità della CEDU ex art. 1[93]. Tale interpretazione appare in linea con la precedente giurisprudenza.

A proposito dell'interazione tra i due criteri, *oggettivo*, del controllo territoriale, e *soggettivo*, del controllo sugli agenti, è opportuno fare riferimento ai chiarimenti dati dalla Corte al riguardo nella decisione resa relativamente al caso *Ucraina c. Russia*[94], in cui erano dedotti in giudizio eventi occorsi in Crimea. La Corte, anche in tale occasione, ha preso in considerazione l'aspetto dell'applicazione extraterritoriale della CEDU.

Nel caso di specie entrambe le parti della controversia erano contraenti e i fatti in causa avevano avuto luogo sul territorio della Crimea, conteso da entrambi. La Corte, evidenziando preliminarmente che al tempo in cui l'Ucraina aveva ratificato la Convenzione, la Crimea rientrava a pieno titolo sotto la sua sovranità, chiarisce di non essere chiamata a pronunciarsi sullo *status* della Crimea. Precisa di considerare l'aspetto della giurisdizione esclusivamente ai fini dell'applicabilità della CEDU e pertanto di individuare sotto la giurisdizione di quale stato rientrassero gli atti compiuti in Crimea portati in giudizio, sulla base dei due criteri più volte richiamati del controllo effettivo del territorio o del controllo sugli atti degli agenti statali.

Ravvisa la necessità di verificare separatamente i due parametri.

Quanto al controllo del territorio, la Corte, tenendo conto della situazione di fatto e delle attività esercitate anche dalle forze militari russe, ritiene che l'area ricadesse sotto il controllo territoriale della Russia. Pertanto, non ritiene necessario verificare «*whether the respondent State exercised detailed control over the policies and actions of the local administration*[95]», ovvero la

---

diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza del 24 febbraio 2005, ricorsi n. 57947/00 *M.C. Isayeva c. Russia,* n. 57948 *Z.A. Yusopova c. Russia,* n. 57949/00 *L. Bazayeva c. Russia*, par. 171.

Peraltro gli organi dello Stato, fatte salve le limitazioni dei diritti espressamente previste, devono rispettare nel loro agire ovunque gli obblighi convenzionali, comportando altrimenti la responsabilità internazionale dello Stato stesso. Per una rassegna dei *jurisdictional links*, v. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], cit., par. 54.

V. Severin Meier, *Reconciling the Irreconcilable?: The Extraterritorial Application of the ECHR and Its Interaction with IHL*, in *Goettingen journal of international law,* Vol. 9, No. 3, 2019, p. 395-424.

[90] See M. MILANOVIC, *European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko*, cit.

[91] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, cit., par.

[92] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, cit., par. 174.

[93] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, cit., par. 175.

[94] V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Ukraine v. Russia (re Crimea)* (dec.) [GC], ricorso no. 20958/14 e n. 38334/18, 16 dicembre 2020.

[95] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, par. 335.

sussistenza del parametro della giurisdizione personale (*"State agent authority" jurisdiction*) e il controllo sui singoli atti compiuti dagli individui[96].

Se ne deduce che i due criteri risultano alternativi tra loro e non è necessario che concorrano entrambi.

Per completezza, è opportuno dare conto anche di un'altra accezione della nozione di controllo che la Corte prende in considerazione e ritiene rilevante anche nel caso *Carter c. Russia*[97]. Si tratta del controllo esercitato dagli agenti dello Stato sulla vittima della violazione dei diritti umani, ovvero la relazione tra chi compie e chi subisce l'atto.

Quindi, vi è giurisdizione dello Stato se esso esercita un controllo sul territorio estero o sugli agenti che compiono l'atto all'estero (e per identificare chi può essere considerato agente dello Stato un utile riferimento è dato dagli artt. 4-11 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato). In aggiunta, occorre anche che l'agente statale eserciti un potere fisico su chi subisce la violazione[98].

La Corte ha avuto modi di chiarire tale aspetto in varie occasioni, con riferimento a diverse circostanze in cui ciò può verificarsi nella prassi[99].

Nel caso *Öcalan c. Turchia*, la Corte ha applicato tale principio con riferimento ad atti compiuti nei confronti di un individuo preso in custodia da agenti statali all'estero[100]. Nel caso *Issa e altri c. Turchia,* la Corte ugualmente ha ritenuto che i familiari dei ricorrenti, presi prima in custodia dalle autorità turche e poi uccisi nel nord dell'Iraq, ricadessero sotto la giurisdizione della Turchia[101].

In *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*[102], con riferimento a fatti avvenuti nelle prigioni controllate dal Regno Unito in Iraq, la Corte ha fondato la responsabilità dello Stato sia sul controllo del luogo sia sulla relazione di potere e soggezione intercorrente tra gli agenti statali e le vittime.

Nella decisione resa in relazione al caso *Medvedyev e altri c. Francia*[103] la Corte ha fatto riferimento alla responsabilità dello Stato contraente in quanto gli agenti francesi esercitavano pieno ed esclusivo controllo sulla nave a bordo della quale erano avvenuti i fatti, dopo la sua intercettazione in alto mare.

Nei casi menzionati, gli atti sono riportati sotto la giurisdizione dello Stato non tanto in ragione del controllo esercitato sul luogo ove sono avvenuti i fatti, l'edificio, l'aeromobile, la nave.

---

[96] Sulla "*State agent authority" jurisdiction*, v. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, parr. 350-351, ove si legge:
«*350. The applicant Government's arguments under this head concern alleged victims who were said to have been held in two facilities in Crimea and ill-treated by the Russian soldiers and/or members of the Crimean self-defence units. The arguments under this head were based on alleged knowledge and tolerance by the Russian authorities.*
351. Having regard to the above findings regarding the respondent State's jurisdiction under the "effective control" ground, the Court does not consider it necessary to decide whether the violations alleged by the applicant Government also fall within the respondent State's jurisdiction on the "State agent authority" principle.»

[97] V. *infra*.

[98] V. in dottrina Pasquale De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit. *supra*.

[99] V. James Crawford and Amelia Keene, *The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights,* in Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and general international law*, pp. 178-198.

[100] La Corte ha ritenuto che "*directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the 'jurisdiction' of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory*". (Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Öcalan v. Turkey* [GC], cit. par. 91).

[101] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Issa and Others v. Turkey*, ricorso n. 31821/96, 16 novembre 2004, par. 71.

[102] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (dec.), ricorso n. 61498/08, 30 giugno 2009, parr. 86-89.

[103] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Medvedyev and Others v. France* [GC], ricorso n. 3394/03, ECHR 2010, par. 67.

La Corte valuta anche l'elemento del controllo, inteso come potere fisico, esercitato dagli agenti statali sugli individui stessi[104].

Sinteticamente, nel caso *Jaloud c. Paesi Bassi*, la Corte ha chiarito che «*whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual*[105]».

È significativo che nel caso *Carter c. Russia*, la Corte abbia fatto una chiara distinzione tra gli aspetti relativi all'attribuzione alla giurisdizione[106], riprendendo l'orientamento espresso nel caso *Georgia c. Russia II*, in cui aveva precisato che le questioni relative all'ambito giurisdizionale dello Stato e quella dell'attribuzione dell'atto allo Stato sono separate. Mentre la determinazione della giurisdizione è una questione preliminare, l'attribuzione dell'atto allo Stato e la conseguente eventuale determinazione della sua responsabilità rientrano tra le questioni di merito[107].

4. Violazione del diritto alla vita

Nel merito del caso Litvinenko, chiarite le questioni preliminari attinenti all'attribuzione degli atti ed all'applicabilità della Convenzione *ratione loci*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto violato l'art. 2 CEDU "diritto alla vita", sia per quanto riguarda gli aspetti sostanziali che procedurali.

4.1. Aspetti procedurali

Quanto agli aspetti procedurali, la Corte ha considerato che l'avvio di un'indagine interna in Russia sull'omicidio di Litvinenko nel Regno Unito rappresentasse un *procedural jurisdictional link* tra lo Stato e l'atto compiuto all'estero.

Inoltre, la Russia non ha prodotto le prove documentali connesse all'indagine richieste dalla Corte. Pertanto la Corte ha ritenuto che le autorità russe non avessero assicurato lo svolgimento di indagini effettive, idonee ad identificare e sottoporre a giustizia i responsabili dell'omicidio[108].

4.2. Aspetti sostanziali

Quanto agli aspetti sostanziali, la violazione dell'art. 2 è avvenuta nel Regno Unito, ovvero un'area di cui la Corte esclude il controllo territoriale da parte della Russia.

Pertanto per la Corte è stato cruciale valutare da un lato se gli atti fossero attribuibili alla Russia sulla base del legame intercorrente tra la stessa e i presunti individui autori dell'avvelenamento (*"State agent authority" jurisdiction*) e dall'altro se la vittima fosse in una

[104] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Jaloud v. the Netherlands* [GC], ricorso n. 47708/08, ECHR 2014, par. 136.

[105] Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Jaloud v. the Netherlands* [GC], cit., par. 137. Ciò è del tutto in linea con l'interpretazione data alla nozione di giurisdizione della CEDU. V. Pasquale De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit. *supra*.

[106] V. Marko Milanović, *Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, in Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and general international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 97-111.

[107] V. Corte europea dei diritti umani, Decisione sul caso *Georgia v. Russia (II) (merits)*, cit., par. 162.

[108] Sul tema in generale, v. Noëlle Quénivet, *The obligation to investigate after a potential breach of article 2 ECHR in an extra-territorial context: Mission impossible for the armed forces?* in: *Netherlands quarterly of human rig*hts , Vol. 37, No. 2, p. 119-138.

situazione di soggezione rispetto agli agenti statali, in ragione di un controllo fisico esercitato nei suoi confronti[109].

La Corte ha stabilito "*beyond reasonable doubt*" che l'avvelenamento fosse avvenuto ad opera di individui operanti sotto mandato statale[110].

La Corte ha fatto ampio riferimento alle risultanze dell'inchiesta condotta dalle Autorità britanniche[111] [112].

Pertanto, muovendo dal diniego della Russia di condividere i risultati della propria inchiesta interna e dalla mancata confutazione della tesi britannica, la Corte perviene alla conclusione di attribuibilità degli atti allo Stato per la violazione dell'art. 2.

Conseguentemente, in applicazione dell'articolo 41 della CEDU condanna lo Stato al pagamento di 100.000 euro, per i danni morali.

La sentenza è stata approvata con sei voti favorevoli e uno contrario, quello del giudice russo, che ha allegato alla decisione la sua *dissenting opinion*.

Il giudice dissenziente, Dedov, ha espresso perplessità a proposito degli aspetti procedurali, sostanziali, della provenienza del polonio e dell'attribuibilità degli atti[113].

Riguardo agli aspetti procedurali egli afferma che alla Russia non è stato possibile condurre un'indagine effettiva a causa della mancanza di cooperazione e ostensione delle prove alla base dell'inchiesta da parte del Regno Unito, in particolare con riferimento al fatto che l'avvelenamento fosse avvenuto tramite polonio 210. Riporta, in particolare, che le autorità britanniche non hanno fornito un saggio del polonio utilizzato, da poter confrontare.

Inoltre rileva che all'epoca dei fatti Litvinenko aveva acquisito la cittadinanza britannica, per cui veniva meno il legame dello stesso con la Russia.

Il dissenziente si sofferma successivamente sugli aspetti relativi al controllo, sia quello degli agenti rispetto alla vittima, sia quello dello Stato rispetto agli agenti.

Sul primo punto, dubita che gli agenti fossero consapevoli della letalità del polonio e che avessero premeditato l'omicidio, in quanto sarebbe stato imprudente lasciare tutte le tracce che gli investigatori hanno trovato ovunque. Inoltre l'inchiesta gli appare iniqua e non imparziale, in quanto alle ipotesi diverse dall'attribuzione degli atti alla Russia appare che sia stato dato scarso rilievo.

Infine, contesta che vi fossero prove sufficienti a sostenere il coinvolgimento della Russia, rilevando la mancanza di elementi probatori a supporto della dipendenza dei loro atti da istruzioni.

Contesta il fondamento della sentenza, basato sugli elementi (negativi) della mancanza di effettività dell'inchiesta russa e del diniego di togliere l'immunità ai cittadini russi coinvolti. Pertanto, secondo Dedov, non c'era nessuna prova (positiva) a supporto del legame tra gli stessi e lo Stato russo.

Egli ritiene che la Corte abbia basato la sua decisione soltanto su una "*conspiracy theory*"[114].

Inoltre l'inchiesta Britannica a fondamento della decisione sarebbe stata svolta senza le garanzie dell'equo processo e delle esigenze della difesa. Quindi le decisione finale si baserebbe su un sistema di presunzioni.

[109] Per l'esatta descrizioni delle diverse nozioni di controllo, v. paragrafo precedente.

[110] V. Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, parr. 158 ss.

[111] V. *supra.*

[112] V. *supra.*

[113] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia,* pp. 44 ss.

[114] Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, cit., *Partly Dissenting Opinion of Judge Dedov*, par. 9, p. 47.

5. Considerazioni conclusive

Nel caso *Carter c. Russia*, la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi su una vicenda qualificabile come *extrajudicial targeted killing*[115], ad opera di agenti di uno Stato contraente su territorio estero. Inoltre, nel caso di specie gli agenti erano individui privati.

Pertanto la Corte da un lato ha analizzato l'attribuibilità dei suddetti atti a uno Stato, servendosi dei criteri di attribuzione delineati nel Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti e segnatamente del suo art. 8.

In tale contesto si è occupata di individuare chi possa essere considerato un agente dello Stato, con particolare riferimento agli atti di privati che agiscono in esecuzione di direttive provenienti da uno Stato, risolvendo tale test positivamente nel caso di specie.

Dall'altro, ha valutato se fosse possibile ricondurre l'evento alla sfera di giurisdizione della Russia, essendosi esso verificato al di fuori del suo territorio.

A tal fine, la Corte ha ripreso e sviluppato la sua precedente giurisprudenza al riguardo, riportando l'estensione extraterritoriale dell'applicabilità della CEDU a due principali ipotesi: il controllo territoriale e il controllo personale esercitato sugli agenti, individuando, nel caso di specie, in quest'ultimo il criterio che consente di riportare l'atto sotto la giurisdizione russa. In aggiunta, la Corte ha evidenziato anche la necessità di verificare che la vittima si trovasse sotto il controllo fisico degli agenti e ha riscontrato la sussistenza anche di tale ulteriore requisito[116].

Pertanto, in conclusione, la Corte ha ritenuto che l'atto fosse attribuibile allo Stato e che a tale stato fosse imputabile la responsabilità per la violazione dell'art. 2 della CEDU "diritto alla vita", in quanto verificatasi nell'ambito della sua giurisdizione.

Sotto il profilo giuridico, la decisione si rivela interessante per entrambe le questioni esaminate.

Vi è una chiara distinzione tra i profili dell'attribuzione e della giurisdizione. La Corte ha tenuto distinte le questioni relative alla responsabilità internazionale dello Stato e alla sfera di applicazione *ratione loci* della CEDU.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è apprezzabile il riferimento ai criteri di diritto internazionale generale utilizzati. Nel richiamare il progetto di articoli, la Corte ha applicato le norme di diritto internazionale generale.

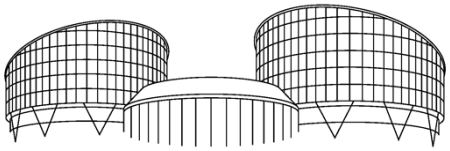
Quanto all'applicazione extraterritoriale della Convenzione, la Corte ha ripercorso la copiosa e talvolta farraginosa giurisprudenza pregressa. Per la prima volta ha aperto la porta ad un'ipotesi di giurisdizione riferita a una *targeted killing* compiuta da privati su mandato di uno Stato all'estero.

La *ratio* è quella di evitare agli Stati di sottrarsi alla responsabilità per atti *voluti* dagli stessi. L'approccio è di natura sostanziale, tendente a non consentire agli Stati di sfuggire alle responsabilità per violazioni della CEDU commesse all'estero o tramite agenti non immediatamente riconducibili al rapporto di rappresentanza organica.

In tal senso la pronuncia ben si colloca nella tradizionale tendenza della Corte a interpretare la CEDU in modo tale da garantire l'effettività della tutela dei diritti che prescinda da apparenti parametri di carattere formale, applicati, nel caso in esame, a una fattispecie nuova portata alla sua attenzione.

[115] V. Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, par. 130.

[116] V. Corte europea dei diritti umani, terza sezione, Decisione sul caso *Carter c. Russia*, parr. 158 ss. La Corte riscontra l'esercizio di "*physical power and control over the life of Mr Litvinenko in a situation of proximate targeting*" da parte degli agenti.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

THIRD SECTION

CASE OF CARTER v. RUSSIA

(Application no. 20914/07)

JUDGMENT

Art 2 (substantive) • Life • Poisoning and assassination of a Russian defector and dissident in the United Kingdom by two persons acting as agents of Russia • Administration of poison amounting to the exercise of physical power and control over the man's life in a situation of proximate targeting Art 2 (procedural) • Domestic authorities' failure to conduct an effective investigation into the death Art 38 • State's failure to comply with its procedural obligation on account of unjustified refusal to submit the material requested by the Court

STRASBOURG

21 September 2021

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Carter v. Russia,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of:

Paul Lemmens, *President,*
Georgios A. Serghides,
Dmitry Dedov,
Georges Ravarani,
Darian Pavli,
Anja Seibert-Fohr,
Peeter Roosma, *judges,*
and Milan Blaško, *Section Registrar,*

Having regard to:

the application against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a British and Russian national, Ms Maria Anna Carter aka Marina Anatolyevna Litvinenko ("the applicant"), on 21 May 2007;

the decision to give notice of the application to the Russian Government ("the Government");

the decision by the United Kingdom Government not to exercise their right to intervene in the proceedings;

the parties' observations and the United Kingdom Government's reply to the Court's questions;

the decision to consider the admissibility and merits of the case together;

the decision to refuse the applicant's request for an oral hearing;

the decision to refuse the applicant's request for relinquishing jurisdiction to the Grand Chamber;

Having deliberated in private on 18 May and 22 June 2021,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

INTRODUCTION

1. The case concerns the poisoning of the applicant's husband, a Russian defector and dissident, in the United Kingdom. The applicant alleges that the killing was perpetrated on the direction or with the acquiescence or connivance of the Russian authorities and that the Russian authorities failed to conduct an effective domestic investigation into the murder.

THE FACTS

2. The applicant was born in 1962 and lives in the United Kingdom. She was represented before the Court by Sir Keir Starmer QC, Mr Ben

Emmerson QC and Professor William Bowring, barristers practising in London, and Ms Louise Christian, a solicitor.

3. The Government were represented initially by Mr G. Matyushkin, the Representative of the Russian Federation to the European Court of Human Rights, and then by his successor in that office, Mr M. Galperin.

4. The facts of the case, as submitted by the parties and as appeared from the documents in the case file, may be summarised as follows.

THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Mr Litvinenko's background and life in the United Kingdom

5. The applicant is the widow of Mr Aleksandr Valterovich Litvinenko, a Russian and British national who was born in 1962.

6. From 1988 onwards Mr Litvinenko worked in the USSR Committee for State Security (KGB) and its successor agencies, including Russia's Federal Security Service (FSB), initially in the organised crime unit and later at the anti-terrorism department. In 1994, whilst investigating an assassination attempt on Mr Boris Berezovskiy, a wealthy businessman and media tycoon, he developed a close friendship with him.

7. In 1997 Mr Litvinenko was tasked with the conduct of special operations which he regarded as unlawful, including an order to examine the possibility of assassinating Mr Berezovskiy. Mr Litvinenko reported the unlawful orders to the military prosecutor's office and also to the newly appointed head of the FSB. In November 1998 he made public his allegations against the FSB at a press conference before international media.

8. In December 1998 Mr Litvinenko was dismissed from the FSB. In March 1999 he was arrested and detained for eight months in the FSB Lefortovo remand prison on the charge of having abused official authority. In November 1999 he was acquitted by the trial court but immediately re-arrested on similar charges. The second case was discontinued because he was able to establish his alibi. A third set of proceedings was then brought against him on the charge that he had planted evidence on a suspect. Those proceedings were still pending in Moscow when Mr Litvinenko left Russia in September 2000. He was ultimately convicted *in absentia* on those charges in 2002.

9. In 2001 the United Kingdom granted asylum to Mr Litvinenko and his family. They took up the option of changing their names: the applicant took the name of Maria Anna Carter and Mr Litvinenko the name of Edwin Redwald Carter. On becoming eligible for naturalisation as British citizens, they made an application to that effect and were granted citizenship at a ceremony on 13 October 2006.

10. In the United Kingdom Mr Litvinenko involved himself in a wide range of activities, mainly focused on exposing corruption in Russian

intelligence services and their links with organised crime. He published books that accused the FSB of masterminding the bombing of four apartment blocks in Moscow in 1999 in order to provide a justification for the decision to start the Second Chechen War. He maintained a friendship with Mr Berezovskiy who had left Russia at the end of 2000 and became a political exile in the United Kingdom where he was granted asylum. Mr Berezovskiy used his wealth to encourage and finance critics of the Russian authorities, such as Mr Litvinenko.

11. There was also evidence of Mr Litvinenko's consulting for British intelligence services on Russian organised crime in Europe and travelling to other European countries, in particular Spain, to assist their law enforcement; the United Kingdom Government neither confirmed nor denied those allegations, referring to their long-standing policy to that effect. Mr Litvinenko also cooperated with Mr Scaramella, a consultant for the commission established by the Italian Parliament to examine KGB activities and Russian organised crime in Italy.

12. Mr Litvinenko also undertook private security work which involved preparing "due diligence" reports for companies seeking to find out information about Russian business contacts. He worked with three London-based private security companies, RISC Management Limited, Triton International Limited and Erinys UK Limited. The inquiries he had undertaken to carry out required him to enlist the assistance of his contacts in Moscow. From 2005 he involved in his business activities Mr Andrey Lugovoy, formerly an officer of the KGB and the Federal Protection Service and head of security for Mr Berezovskiy's television station and later owner of a security company in Russia. One of the reports concerned a senior Russian official, the then assistant to the President of Russia, who had developed close links with the Tambovskaya criminal group, acquired business interests in Russian infrastructure projects and assisted a Colombian drugs cartel in a money laundering scheme. The report – completed in September 2006 – apparently led to the collapse of the proposed business venture involving the official concerned, causing him significant financial losses.

B. The events preceding Mr Litvinenko's death

1. Mr Lugovoy's and Mr Kovtun's visit to London on 16-18 October 2006

13. In the morning of 16 October 2006 Mr Lugovoy flew from Moscow to London aboard a Transaero flight. He was accompanied by his long-standing acquaintance, Mr Dmitriy Kovtun.

14. The registration number of the aircraft that made the flight was EI-DDK. In contrast to the other aircraft on which Mr Lugovoy and Mr Kovtun flew during that period, the British police were unable to test

EI-DDK for radioactive contamination. On 1 December 2006, when the British embassy in Moscow notified the Russian authorities and Transaero of possible contamination of the aircraft, they received the reply from the Russian Chief Public Health Officer that all planes had been tested and that no contamination had been found. EI-DDK was scheduled to fly to London on the following day but the flight was cancelled, and the aircraft had not returned to the United Kingdom.

15. In the afternoon of 16 October 2006 a meeting took place between Mr Lugovoy, Mr Kovtun, Mr Litvinenko and a representative of Erinys UK Limited in the company's boardroom. They sat around a table covered with baize cloth. Evidence of polonium contamination was later discovered on the area of the cloth located between the positions in which Mr Lugovoy and Mr Litvinenko were sitting and on two of the chairs.

16. After the meeting, the three Russian participants went together to a restaurant. Secondary radioactive contamination was found at one of the tables.

17. Later that day, after the dinner, Mr Litvinenko suddenly began to feel ill and vomited. He continued to feel unwell for the next two days. He did not seek medical assistance, assuming it was food poisoning.

18. At 1.30 p.m. on 17 October 2006 Mr Lugovoy and Mr Kovtun checked out of their hotel one day early without asking for a refund. Both of their rooms were subsequently tested and were found to contain significant contamination. Primary contamination, that is contamination resulting from direct contact with the radioactive material, was discovered in the u-bend of the sink in the bathroom of the room where Mr Lugovoy had stayed. The level of contamination was consistent with radioactive material being poured down the sink plughole.

19. Mr Lugovoy and Mr Kovtun moved to a different hotel and had business meetings on that day. Secondary contamination was later discovered in the hotel rooms and the offices they visited and on a CD that Mr Kovtun had given to a company representative.

20. On 18 October 2006 Mr Lugovoy and Mr Kovtun returned to Moscow aboard a Transaero flight. The aircraft EI-DNM was tested and was found to contain secondary contamination in the area of the seats on which the two men had sat. In their reply of 1 December 2006, the Russian authorities claimed that the aircraft was free of contamination.

2. Mr Lugovoy's visit to London on 25-28 October 2006

21. From 25 to 28 October 2006 Mr Lugovoy returned to London. He had several business meetings, including one in the offices of Mr Berezovskiy. It also appears that he met Mr Litvinenko at least once in a bar of the hotel where he was staying.

22. Secondary contamination was detected on the aircraft on which he had flown, in the offices he had visited and in his hotel room. The highest

readings were found in the bathroom bin, in particular on one area at the base of the inner casing of the bin, and on two towels in the hotel laundry. The pattern of contamination appeared to be consistent with an accidental spillage, perhaps followed by an attempt to clean up or dispose of the material.

3. Mr Lugovoy's and Mr Kovtun's visit to London on 31 October – 3 November 2006

23. Mr Lugovoy returned to London on 31 October 2006. He was accompanied by family and friends, on a trip to watch a football match which had been planned some time before Mr Lugovoy's meeting with Mr Litvinenko on 16 October.

24. On 1 November 2006 Mr Kovtun flew into London from Hamburg on a flight that he had booked three days previously. The return ticket from London to Moscow had been purchased for him some time before, on 27 October, when Mr Lugovoy was still in London.

25. On 1 November 2006 Mr Litvinenko had a brief meeting with Mr Scaramella (see paragraph 11 above) in a restaurant in central London. Mr Scaramella's hotel room, the internet café he had used and the table at the restaurant where he had sat with Mr Litvinenko were subsequently tested and found to be free from contamination.

26. From there, Mr Litvinenko went to meet Mr Lugovoy and Mr Kovtun in the ground-floor bar of the hotel where they were staying. On his account, he drank some green tea from a teapot which was already on the table. The meeting lasted approximately twenty minutes.

27. Tests for contamination which were conducted at the hotel detected traces of radiation in many places. The highest readings were found in the bathroom of Mr Kovtun's room in a sediment trap which was consistent with the theory that radioactive material had been poured down the plughole in one form or another. The other area of primary contamination was found on one of the bar's teapots, in particular on the inside of the spout where the radioactive material appeared to have bonded with tannin deposits. Testing also showed high levels of secondary contamination on a cubicle door, a sink and a hand dryer in the men's lavatories which, as it appeared from the CCTV footage, had been used by both Mr Lugovoy and Mr Kovtun but not by Mr Litvinenko.

28. After leaving the hotel bar, Mr Litvinenko visited Mr Berezovskiy's offices nearby. An acquaintance later gave him a lift home. Secondary contamination was found on the seat of the car and throughout Mr Litvinenko's house. However, there was no primary contamination found anywhere in the house.

29. Later that day, Mr Lugovoy and his party went to see the match at the Emirates Stadium. On 3 November 2006 they left for Moscow, together

with Mr Kovtun. Secondary contamination was found on the seats they had occupied in the stadium and in the aircraft.

C. Mr Litvinenko's illness and death

30. In the early hours of 2 November 2006 Mr Litvinenko was taken ill. He started vomiting, suffered from abdominal pain and developed bloody diarrhoea. On 3 November he was admitted to a hospital where he was initially treated for gastro-enteritis.

31. On observing that Mr Litvinenko's worsening condition did not fit with the diagnosis of gastro-enteritis, medical staff started treating him for a suspected thallium poisoning. His bone marrow had degenerated to the point where a transplant was considered to be the only meaning of restoring its function. On 17 November Mr Litvinenko was transferred to University College Hospital (UCH) to assess the possibility of a transplant.

32. On 21 November 2006 a pharmacist at UCH and staff at the poisons unit suggested the idea that chemotherapeutic agents or radioisotopes could have been used to poison Mr Litvinenko. Samples of his blood and urine were sent to the Atomic Weapons Establishment (AWE) for testing. The initial results revealing the presence of polonium were considered an anomaly and further testing was requested.

33. Between about 3 p.m. and 5 p.m. on 23 November 2006 the results confirmed polonium contamination. At 9 p.m. Mr Litvinenko suffered a cardiac arrest and died from multiple organ failure.

34. The post-mortem conducted jointly by two pathologists established the cause of death to be acute radiation syndrome caused by the presence in Mr Litvinenko's body of very high levels of polonium 210. Scientific evidence indicated that the polonium 210 had entered the body by ingestion in the form of a soluble compound. The symptoms during the onset of Mr Litvinenko's illness had been consistent with the poisoning having taken place on 1 November.

D. Initial investigations and attempted extradition

1. The police investigation in the United Kingdom

35. Before Mr Litvinenko's death, the Metropolitan Police Service (MPS) had already commenced an investigation into his apparent poisoning. Working with the Health Protection Agency, the police examined and assessed more than sixty scenes and directed over forty requests for mutual legal assistance to fifteen States.

36. On 30 November 2006 the United Kingdom Crown Prosecution Service (CPS) requested the assistance of the Russian authorities under the provisions of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (1959). The CPS requested that statements be taken from

Mr Lugovoy and Mr Kovtun, some members of Mr Lugovoy's family, Mr Lugovoy's lawyer and personal assistant, and the medical staff who were attending Mr Lugovoy and Mr Kovtun. From 5 to 19 December MPS officers and detectives interviewed witnesses, including Mr Lugovoy and Mr Kovtun, in Moscow.

37. On 22 May 2007 the MPS/CPS determined that there was sufficient evidence against Mr Lugovoy to charge him with Mr Litvinenko's murder by poisoning; a Magistrates' Court issued a warrant for his arrest, and the (then) Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom submitted a request for his extradition from Russia.

38. On 5 July 2007 Russia refused to extradite Mr Lugovoy on the ground that the Constitution prohibited Russian nationals from being extradited to foreign States.

39. Following further investigation, on 4 November 2011 the MPS/CPS considered that there was sufficient evidence also to charge Mr Kovtun with the murder of Mr Litvinenko and applied for the issue of a warrant for Mr Kovtun's arrest.

40. Mr Lugovoy and Mr Kovtun were placed on international lists of wanted persons. They both remain wanted for Mr Litvinenko's murder.

2. The investigation in the Russian Federation

41. On 7 December 2006 the Russian Prosecutor General launched a criminal investigation "into the death of Mr Litvinenko and the attempted murder of Mr Kovtun". In April 2007, a deputy Prosecutor General and assisting investigators came to London and conducted several interviews there, including one with Mr Berezovskiy.

42. Mr Lugovoy gave press conferences denying any involvement in the Litvinenko poisoning and speculating that the British security services, members of the Russian "mafia" or Mr Berezovskiy were responsible. He also alleged that Mr Litvinenko and Mr Berezovskiy were in the pay of the British intelligence services and that Mr Litvinenko had sought to procure his assistance in finding compromising material on President Putin.

43. On 15 September 2007 Mr Zhirinovskiy, leader of the Liberal Democratic Party of Russia, announced that Mr Lugovoy – who had had no prior experience in politics and had not previously been involved in his party – would take the second place on his party's candidate list for the Duma election. Following the election on 2 December 2007 Mr Lugovoy became a member of Parliament and acquired parliamentary immunity. He was re-elected in 2011 and 2016 on the same party's ticket.

E. The inquest proceedings in the United Kingdom

44. In the United Kingdom a Coroner's inquest must be held to investigate the circumstances of a death where there is reasonable cause to

suspect that a deceased person died a violent or unnatural death. The Coroner has the power to investigate the main cause of death together with any actions and omissions which led directly to the cause of death.

45. On 30 November 2006 the Coroner for Inner North London formally opened an inquest into Mr Litvinenko's death and immediately adjourned it pending completion of the ongoing police investigation. The inquest remained adjourned for nearly five years, during which time it was believed that criminal prosecutions might still be brought. However, by 2011 the Coroner was satisfied that there was no realistic prospect of any named individual either returning or being extradited to the United Kingdom. He therefore decided that the inquest should be resumed and Sir Robert Owen, a High Court judge since 2001, was appointed to conduct the inquest. Sir Robert Owen designated the following individuals as "properly interested persons": the applicant; Mr Litvinenko's children; Mr Lugovoy; Mr Kovtun; the Commissioner of Police of the Metropolis; and Mr Berezovskiy. The Investigative Committee of the Russian Federation ("ICRF") subsequently applied for, and was granted, properly interested person status. Being given the status of interested person gives participants the right to play an active part in the inquest hearing or any pre-inquest review hearing, including by examining witnesses.

46. In preparation for the inquest the United Kingdom Government collated material in their possession and made it available for inspection to counsel and the solicitor to the inquest. Counsel to the inquest subsequently expressed the view that this material established a prima facie case as to the culpability of the Russian State in Mr Litvinenko's death. However, some of this material was of a sensitive nature and, as the law did not allow evidence to be taken in "secret" or "closed" sessions at a Coroner's inquest, the sensitive material, which included material relevant to the possible involvement of Russian State agencies in the death of Mr Litvinenko, was excluded from the inquest proceedings under the public interest immunity principle. Sir Robert Owen therefore invited the United Kingdom Government to establish an inquiry under the Inquiries Act 2005. Unlike a Coroner's inquest, an inquiry could hear evidence that could not be disclosed publicly.

47. The Secretary of State for the Home Department initially decided not to establish an inquiry. However, following a successful application for judicial review by the applicant that decision was quashed and on 22 July 2014 the Secretary of State for the Home Department announced the Government's decision to establish an inquiry under the Inquiries Act 2005 to investigate Mr Litvinenko's death.

F. The "Litvinenko Inquiry" in the United Kingdom

1. The conduct of the inquiry

48. The inquiry was chaired by Sir Robert Owen, who had also conducted the inquest. The inquiry's terms of reference were to investigate the death of Alexander Litvinenko in order to (i) "ascertain ... how, when and where [the deceased] came by his death", and (ii) "identify ... where responsibility for the death lies". The question of whether the United Kingdom authorities could or should have taken steps which would have prevented the death of Mr Litvinenko was excluded from the scope of the inquiry as no material had been disclosed in the course of the preparation for the inquest to suggest that Mr Litvinenko was or ought to have been assessed as being at a real and immediate threat to his life.

49. The open hearings commenced on 27 January 2015 and lasted thirty-four days. Unless "enhanced measures" were in place the public and press had unrestricted access to the hearings and a transcript of proceedings was posted on the inquiry website at the end of each day. A total of sixty-two witnesses gave oral evidence to the inquiry and witness statements from a further twenty witnesses were read to the inquiry. The witnesses included Mr Litvinenko's family, friends and business associates, medical professionals, nuclear scientists, police officers and experts in Russian history and testing by polygraph.

50. Over several days in May 2015, the Chairman held closed hearings of the inquiry to assess a considerable quantity of closed documentary evidence, oral evidence from witnesses and closed witness statements. Attendance at those hearings was limited to the Chairman, counsel and solicitor to the inquiry and the legal team for the Home Secretary. The issues covered included the question of whether Mr Litvinenko had any sort of relationship with British security and intelligence agencies, and if so the nature and extent of that relationship, and the question of whether the Russian State was responsible for his death. The assessment that the material was sufficiently sensitive to warrant being treated as closed evidence had been made by the Home Secretary who had given effect to that decision by issuing a number of Restriction Notices. The Restriction Notices were published on the inquiry website and appended to the report.

51. The Chairman of the Litvinenko Inquiry granted applications for core participant status by the applicant, her son, the MPS, the Secretary of State for the Home Department and the Atomic Weapons Establishment. The ICRF confirmed in writing that it would not be making an application for core participant status in the inquiry.

52. Mr Lugovoy declined to give evidence to the inquiry, although he had been represented for a time during the preparation for the inquest.

53. On 13 March 2015 Mr Kovtun expressed a wish to become a core participant in the inquiry and give oral evidence via videolink. On 2 April

2015 the Chairman informed him that the granting of core participant status was conditional on his giving a confidentiality undertaking, providing a detailed witness statement, disclosing any material he claimed would be capable of exonerating Mr Lugovoy, and confirming that he intended to cooperate with the inquiry. The first date for his oral evidence was set for Monday 27 July 2015. On Thursday 23 July 2015 Mr Kovtun declined to give evidence on the grounds that, according to legal advice he had been given, prior to giving evidence he would need the ICRF to approve his application for a relaxation of the confidentiality obligations he owed to the ongoing Russian investigation. On 27 and 28 July 2015 counsel for the ICRF informed the inquiry that Mr Kovtun had not made any such application. A written statement by Mr Kovtun was read out at the hearing on 28 July 2015.

54. Towards the conclusion of the inquiry's hearings, an issue arose under the Crime (International Co-operation) Act 2003. The evidence obtained from Russia pursuant to the request for assistance – including the records of the interviews conducted in Russia with Mr Lugovoy and Mr Kovtun – had been obtained solely for the purposes of the criminal investigation and any criminal proceedings. The Russian authorities had subsequently given permission for that evidence to be used in the inquest proceedings but declined permission for the evidence to be used in the inquiry proceedings. The Chairman concluded that without the consent of the Russian authorities, the law precluded the use of the material for any purpose other than that specified in the request, namely the original criminal investigation and any subsequent prosecution. Accordingly, those records of interview could not be used by the inquiry.

55. The Chairman's report of the inquiry was completed and delivered to the Secretary of State for the Home Department in January 2016.

56. According to the report, no adverse inferences were drawn from the silence of any party concerned in the events which the inquiry was investigating (including Mr Lugovoy, Mr Kovtun and the Russian authorities), or from their refusal to participate. Instead, the Chairman took the view that a failure to participate or to give evidence would have the consequence that he would make findings of fact without the benefit of that party's contribution.

57. With regard to the standard of proof, the Chairman said the following:

> "... [I]n making findings of fact I have adopted the 'flexible and variable' approach to the standard of proof ... [W]here in this Report I state that 'I am sure' I will have found a fact to the criminal standard. When I use such expressions as 'I find' or 'I am satisfied' the standard of proof will have been the ordinary civil standard of proof, namely the balance of probabilities. Where it is obvious that I have found a fact but I have not used one of these terms, the standard will have been the civil standard. All other expressions, such as a reference to a state of affairs being 'possible' will not be a

> finding of fact, but will indicate my state of mind in respect of the issue being considered."

58. The Chairman endorsed the view that "there were reasons going beyond academic or judicial rigour why this Inquiry ought to be careful to restrict its conclusions to matters that were provable on the evidence before it". He quoted the comments by Professor Service, an expert in Russian history, as reflecting his approach to the evidence:

> "But we have to be really cautious – and there's another aspect of this that exercises me, and that's that Russians want to see us fairly going through evidence in a scholarly environment or a judicial environment or an Inquiry like this in a fashion that they know doesn't happen in their own country. So we must not sink at all below our conventional standards. We absolutely mustn't, because some of what we do in relation to this Inquiry will get back to Moscow, and we must not give them the opportunity to say that we failed to respect our own standards because those are standards that are really worth keeping to."

59. On the use to be made of closed evidence, the Chairman clarified the approach he would take as follows:

> "I would perform a global analysis of the evidence adduced both in the open and the closed hearings ... [A]ny facts as found and recorded in the open section of the report will have been informed both by the evidence that I heard in the open hearings and by the relevant closed hearings ... I would provide a single report to the Home Secretary, but the consequence of the restriction notices and orders that had been made meant that parts would not be published if to do so would be to damage national security or international relations."

2. The inquiry's findings as to the responsibility for the death of Mr Litvinenko

60. The Chairman found, to the criminal standard of proof ("beyond reasonable doubt"), that Mr Litvinenko had been fatally poisoned with polonium 210 on 1 November 2006. Primary contamination in the hotel bar where Mr Litvinenko was drinking tea with Mr Lugovoy and Mr Kovtun on that day, together with the absence of primary contamination in the other places where Mr Litvinenko had visited that day, pointed to the conclusion that he had ingested the fatal dose of polonium 210 whilst drinking the tea. There was also evidence that he had received an earlier – smaller – dose of polonium 210 prior to the fatal dose on 1 November 2006. Primary contamination found on the boardroom table at Erinys where Mr Litvinenko had met with Mr Lugovoy and Mr Kovtun, and similarly high levels of contamination in Mr Lugovoy's hotel room, indicated that the earlier dose was likely to have been received on 16 October 2006.

61. The Chairman examined the theories put forward by Mr Lugovoy at a press conference and by his representatives in the inquest proceedings that Mr Litvinenko had poisoned himself either by accident, in the course of handling illicitly obtained polonium 210, or in order to commit suicide. He found those suggestions to be entirely without merit because primary

radioactive contamination had not been found at Mr Litvinenko's house or on his clothing as it should have been, had he handled the substance on his own. There was no evidence at all that he had been involved in dealing with radioactive materials at any point in time or had had suicidal thoughts. It was also highly unlikely that, had he poisoned himself accidentally or deliberately, he would not have mentioned anything about the nature of the poison to the police or medical staff during the three-week period of painful and debilitating symptoms prior to his death.

62. Having excluded the theory of self-poisoning, the Chairman found, to the criminal standard of proof, that on 1 November 2006 Mr Litvinenko had been poisoned by Mr Lugovoy and Mr Kovtun who had placed the polonium 210 in a teapot at the hotel bar; that they did so with the knowledge that they were administering a deadly poison; and that they had made an earlier attempt to poison him on 16 October 2006. The findings rested on scientific evidence showing primary contamination in the rooms occupied by Mr Lugovoy (on 16 October) and Mr Kovtun (on 1 November) and in the teapot, secondary contamination in the men's lavatories, which they both had visited before meeting Mr Litvinenko, and in other places in London where they had gone. Transcripts of interviews which the German police had conducted in Hamburg where Mr Kovtun had stayed before coming to London showed that he had sought to enlist an acquaintance in the plan to poison Mr Litvinenko and confided in a family member that unknown persons might have poisoned "them all". The Chairman also considered and rejected the evidence apparently inconsistent with Mr Lugovoy's and Mr Kovtun's involvement. He found in particular that a "lie-detector" test to which Mr Lugovoy had submitted in Moscow in 2012 to show his innocence had been seriously flawed in the manner of administration and that members of security services, such as Mr Lugovoy, had in any event been trained to defeat similar tests. As to Mr Lugovoy's recurrent theme in press interviews that he had been the victim of a set up by British intelligence services, an operation of that magnitude would have been a complex, expensive and extremely risky enterprise. However, there was not a shred of evidence to substantiate the claims of a set up.

63. The Chairman found that all the evidence pointed to Mr Lugovoy and Mr Kovtun having acted on behalf of someone else when they killed Mr Litvinenko:

> "There is no evidence at all that either Mr Lugovoy or Mr Kovtun had any personal reason to kill Mr Litvinenko. Mr Lugovoy may have commented after Mr Litvinenko's death that he regarded Mr Litvinenko as a traitor, but I do not think for a moment that that feeling on its own would have been sufficient to motivate Mr Lugovoy to plan and conduct the protracted and costly operation against Mr Litvinenko ... Moreover, had Mr Lugovoy and Mr Kovtun been acting on their own behalf, it seems highly unlikely that they would have had access to the polonium 210 that they used to poison Mr Litvinenko. All the evidence points in one direction,

namely that, when they killed Mr Litvinenko, Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting on behalf of someone else."

64. The Chairman examined – and excluded – the possibilities, all brought up by Mr Lugovoy, that a number of parties, including Mr Berezovskiy, the British intelligence services, groups linked to organised crime, or Mr Scaramella had directed the killing. On the theory that Mr Berezovskiy might have retaliated against Mr Litvinenko for blackmailing him, the Chairman noted that there was no evidence of either blackmail occurring or Mr Lugovoy's acting on Mr Berezovskiy's behalf. In fact, Mr Lugovoy suggested that it was someone else acting for Mr Berezovskiy who had killed Mr Litvinenko, but that hypothesis was inconsistent with the finding that it had been Mr Lugovoy who had administered the deadly poison. The set up by the intelligence services theory had been addressed before and found without merit. Even though it was not implausible that Mr Lugovoy or Mr Kovtun had acted on the orders of Russian crime gangs whose activities Mr Litvinenko helped to elucidate, there was no evidence linking any known criminal leaders to the killing. Nor had there been evidence of Mr Scaramella's having any motive to kill Mr Litvinenko or being involved in his death.

65. The inquiry report turned to the possibility that one or more organisations of the Russian State may have been complicit in Mr Litvinenko's death. Six chapters of the report covered the evidence that Russia was the source of polonium 210, the motives that the Russian State may have had for wishing Mr Litvinenko dead, and the evidence of links between Mr Lugovoy and Mr Kovtun and the Russian State.

66. Regarding the source of polonium 210, the Chairman accepted that there was no secure basis to find that the polonium used to poison Mr Litvinenko must have come from Russia but it certainly could have come from the Avangard production facility. The use of polonium 210 was a strong indicator of State involvement. That was both because ordinary criminals might have been expected to use a more straightforward, less sophisticated means of killing, and because polonium 210 must have come from a reactor, and such reactors are, in general, under State control.

67. The Chairman identified several reasons why organisations and individuals within the Russian State might have wished to target Mr Litvinenko. First of all, he was regarded as having betrayed the FSB as a result of the public disclosures he made before he left Russia, a betrayal which would have been compounded by his writing and campaigning in the United Kingdom. Secondly, according to Mr Lugovoy, the FSB had received information that Mr Litvinenko was working for British intelligence. Thirdly, Mr Litvinenko was a close associate of individuals such as Mr Berezovskiy who were prominent critics of the Russian authorities. Fourthly, the causes espoused by Mr Litvinenko – such as the FSB's responsibility for the apartment bombings, the war in Chechnya and

collusion between the Russian authorities and organised crime – were of particular sensitivity to the Russian authorities. Finally, there was undoubtedly a personal dimension to the antagonism between Mr Litvinenko and the President of Russia. In addition, the report noted that in the years prior to Mr Litvinenko's death the Russian authorities had been involved in the killing of a number of their opponents.

68. The report then addressed the links between Mr Lugovoy and Mr Kovtun and the Russian State. Both Mr Lugovoy and Mr Kovtun were Russian citizens, resident in Russia, and both had served in the Russian military with Mr Lugovoy being a former member of the KGB and Federal Protection Service. There was also evidence relating to a possible relationship between Mr Lugovoy and the FSB in the years up to and including 2006. Following his return to Russia, Mr Lugovoy had been supported and protected by the Russian authorities which awarded him an honour for services to the homeland. While that did not indicate that Mr Lugovoy must have been acting on behalf of the Russian State when killing Mr Litvinenko, this conduct towards Mr Lugovoy suggested a level of approval for the killing of Mr Litvinenko. While there was less evidence relating to Mr Kovtun, he nevertheless appeared to have suffered no ill-consequences as a result of the allegations made against him in respect of Mr Litvinenko's death. The Chairman concluded that when Mr Lugovoy poisoned Mr Litvinenko, it was "probable" that he did so under the direction of the FSB. The Chairman added that he regarded that "as a strong probability". He also found that Mr Kovtun was acting under FSB direction, possibly indirectly through Mr Lugovoy but probably to his knowledge.

69. The Chairman summarised his conclusions as follows:

> "10.7 There is abundant evidence that Mr Litvinenko met Andrey Lugovoy and his associate Dmitri Kovtun for tea at the ... Bar of the ... Hotel ... during the afternoon of 1 November 2006 ...
>
> 10.8 I am sure that Mr Litvinenko ingested the fatal dose of polonium 210 whilst drinking tea in the ... Bar of the ... Hotel during the afternoon of 1 November 2006.
>
> 10.9 I have carefully considered the possibility that Mr Litvinenko ingested the fatal dose of polonium 210 as the result of an accident. I have also considered whether Mr Litvinenko might have taken the poison deliberately, in order to commit suicide.
>
> 10.10 I am sure that Mr Litvinenko did not ingest the polonium 210 either by accident or to commit suicide. I am sure, rather, that he was deliberately poisoned by others.
>
> 10.11 I am sure that Mr Lugovoy and Mr Kovtun placed the polonium 210 in the teapot at the ... Bar on 1 November 2006. I am also sure that they did this with the intention of poisoning Mr Litvinenko.
>
> 10.12 I am sure that the two men had made an earlier attempt to poison Mr Litvinenko, also using polonium 210, at the Erinys meeting on 16 October 2006.
>
> 10.13 I am sure that Mr Lugovoy and Mr Kovtun knew that they were using a deadly poison (as opposed, for example, to a truth drug or a sleeping draught), and

that they intended to kill Mr Litvinenko. I do not believe, however, that they knew precisely what the chemical that they were handling was, or the nature of all its properties.

10.14 I am sure that Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting on behalf of others when they poisoned Mr Litvinenko.

10.15 When Mr Lugovoy poisoned Mr Litvinenko, it is probable that he did so under the direction of the FSB. I would add that I regard that as a strong probability. I have found that Mr Kovtun also took part in the poisoning. I conclude therefore that he was also acting under FSB direction, possibly indirectly through Mr Lugovoy but probably to his knowledge.

10.16 The FSB operation to kill Mr Litvinenko was probably approved by [the head of the FSB] and also by [the President of Russia]."

70. On 21 January 2016 the Chairman of the inquiry presented the report to Parliament. On the same day it was made publicly available, both in paper copy and online. Later that day the Russian Ambassador to the United Kingdom dismissed the report as being a "blatant provocation of the British authorities" and "a whitewash for British special services' institutional incompetence"[1].

RELEVANT LEGAL FRAMEWORK

I. INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions

71. The United Nations Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions, recommended in Economic and Social Council Resolution 1989/65 of 24 May 1989, read:

> "Governments shall ensure that persons identified by the investigation as having participated in extra-legal, arbitrary or summary executions in any territory under their jurisdiction are brought to justice. Governments shall either bring such persons to justice or cooperate to extradite any such persons to other countries wishing to exercise jurisdiction. This principle shall apply irrespective of who and where the perpetrators or the victims are, their nationalities or where the offence was committed." (Principle 18)

B. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

72. The Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ("the Draft Articles") provide as follows:

[1] http://www.rusemb.org.uk/fnapr/5400. Last accessed on the date of the judgment.

Article 8 – Conduct directed or controlled by a State

"The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct."

C. European Convention on Extradition

73. The European Convention on Extradition of 13 December 1957 ("the Extradition Convention") was ratified by Russia on 10 December 1999 and entered into force on 9 March 2000. This Convention obliges the Contracting Parties to surrender to each other, subject to the provisions and conditions laid down in the Convention, "all persons against whom the competent authorities of the requesting Party are proceeding for an offence or who are wanted by the said authorities for the carrying out of a sentence or detention order." A Contracting Party has the right to refuse extradition of its nationals, but section 6(2) provides that where that is the case the requesting Party may ask it to submit the case to its competent authorities in order that proceedings may be taken if they are considered appropriate.

II. RUSSIA

A. The Constitution

74. Extradition of Russian nationals is prohibited (Article 61).

B. The Criminal Code

75. Russian nationals who committed an offence outside Russian territory should be held criminally liable under the provisions of the Code if the committed act constitutes an offence in the State in which it was committed and if the offenders have not been convicted in that State (Article 12). The extradition of Russian nationals to the State in whose territory they committed an offence is not permitted (Article 13).

76. As a general rule, information from the preliminary investigation may not be disclosed. It may however be disclosed with the permission of a prosecutor or investigator but only in so far as it does not infringe the rights and lawful interests of the participants in the criminal proceedings and does not prejudice the investigation. It is prohibited to divulge information about the private life of the participants in criminal proceedings without their permission (Article 161).

C. Federal Assembly Member Status Act (Law no. 3-FZ of 8 May 1994)

77. A member of the State Duma shall enjoy immunity throughout his or her term of office. However, he or she may be deprived of immunity with the consent of the State Duma (sections 19 and 20).

78. Between 2010 and 2019, the State Duma stripped eight of its members of immunity on suspicion of their having committed criminal offences ranging from the use of violence against a police officer to fraud and embezzlement of public money.

III. THE UNITED KINGDOM

79. The Inquiries Act 2005 provides a statutory framework for Government Ministers to order inquiries to be held where events have occurred which have caused, or which are capable of causing, public concern. Inquiries are not adversarial in nature; rather, they are an inquisitorial process aimed at establishing the truth.

80. Inquiries are carried out by a chairman either sitting alone or with other members. Each member is appointed by a Minister and in appointing him or her the Minister must have regard, in particular, to the need to ensure that the inquiry panel (considered as a whole) has the necessary expertise to undertake the inquiry. The Minister must notify Parliament as soon as reasonably practicable of who has been appointed as chairman; the identity of any members who have been appointed; and the inquiry's terms of reference.

81. The procedure and conduct of an inquiry are to be such as the chairman of the inquiry may direct. The chairman must take such steps as he considers reasonable to secure that members of the public (including reporters) are able to attend the inquiry or to see and hear a simultaneous transmission of proceedings at the inquiry; and to obtain or to view a record of evidence and documents given, produced or provided to the inquiry or inquiry panel. However, pursuant to section 19, both the chairman, through a Restriction Order, and the Minister, through a Restriction Notice, have the power to restrict public access and the disclosure of evidence where, in particular, there is a risk to national security or where a person has obtained information on condition of confidentiality.

82. The chairman has the power to require persons to give evidence or produce documents in his custody.

83. While an inquiry panel is not to rule on, and has no power to determine, any person's civil or criminal liability it should not be inhibited in the discharge of its functions by any likelihood of liability being inferred from facts that it determines or recommendations that it makes.

84. Following the close of the inquiry the chairman must deliver a report to the Minister setting out the facts determined by the inquiry panel together with the panel's recommendations. It is generally the duty of the Minister to arrange for reports of an inquiry to be published, although if necessary in the public interest certain material in the report may be withheld from publication. The report, as published, must be laid by the Minister, either at the time of publication or as soon afterwards as is reasonably practicable, before Parliament.

85. Both decisions of a Minister in relation to an inquiry and decisions of the panel members are susceptible to judicial review.

86. The Inquiry Rules 2006 deal with matters of evidence and procedure in relation to inquiries. Pursuant to Rule 5, the chairman may designate a person as a core participant at any time during the course of the inquiry, provided that person consents to being so designated. In deciding whether to designate a person as a core participant, the chairman must consider whether the person played, or may have played, a direct and significant role in relation to the matters to which the inquiry relates; the person has a significant interest in an important aspect of the matters to which the inquiry relates; or the person may be subject to explicit or significant criticism during the inquiry proceedings or in the report, or in any interim report.

87. Core participants and other persons required or permitted to give evidence are entitled to be legally represented throughout the inquiry proceedings. As a general rule, witnesses giving oral evidence may only be questioned by members of the inquiry panel and counsel or solicitor to the inquiry. However, the recognised legal representative of a core participant may apply to the chairman for permission to ask questions of a witness giving oral evidence. Furthermore, core participants may, either themselves or through their legal representatives, make opening and closing statements.

88. Following delivery of the report (or any interim report) to the Minister, but prior to publication, the chairman must give a copy of the version of the report which is to be published to each core participant and to their recognised legal representative, if any.

THE LAW

I. GOVERNMENT'S COMPLIANCE WITH ARTICLE 38 OF THE CONVENTION

89. Before embarking on an examination of the admissibility and merits of the applicant's complaints, the Court needs to address the issue of the Government's compliance with their procedural obligation under Article 38 of the Convention to submit evidence that the Court has requested from them. Article 38 reads as follows:

> "The Court shall examine the case together with the representatives of the parties and, if need be, undertake an investigation, for the effective conduct of which the High Contracting Parties concerned shall furnish all necessary facilities."

90. When giving notice of the application, the Court asked the Government to submit a copy of materials relating to the domestic investigation into the death of Mr Litvinenko. The Government refused the request on the grounds that the investigation was at the time ongoing. They cited Article 161 of the Code of Criminal Procedure which in their view restricted disclosure of any case file materials in the interests of the investigation (see paragraph 76 above).

91. The Court subsequently reiterated its request to the Government to submit specifically the documents from the investigation file on which they had relied in their observations, including a forensic study of the polonium 210 samples, Mr Lugovoy's statements, and copies of legal assistance requests addressed to the United Kingdom authorities. The Government declined to submit any documentation, citing the same provision.

92. The Court reiterates that the obligation to furnish the material requested by the Court is binding on the respondent Government from the moment such a request has been formulated, whether it be on initial notification of an application to the Government or at a subsequent stage in the proceedings. A failure on a Government's part to submit such material which is in their hands without a satisfactory explanation may not only give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant's allegations, but may also disclose the respondent State's non-compliance with its obligations under Article 38 of the Convention (see *Janowiec and Others v. Russia* [GC], nos. 55508/07 and 29520/09, §§ 202-06, ECHR 2013).

93. In the instant case, the Government did not produce the material requested by the Court or furnish any explanation for their failure to do so, beyond a reference to a provision of the Code of Criminal Procedure which, as they interpreted it, precluded the disclosure of documents from the file of an ongoing investigation. The Court has rejected the Russian Government's reliance on that provision in many cases concerning disappearances in the Chechen Republic, finding that it did not contain an absolute prohibition but rather set out the procedure for, and limits to, such disclosure (see *Musikhanova and Others v. Russia*, no. 27243/03, § 107, 4 December 2008, and *Sasita Israilova and Others v. Russia*, no. 35079/04, § 145, 28 October 2010). It is also significant that at the time the Court reiterated its request for documentation (see paragraph 91 above), some fifteen years after the events in question, the Government did not claim that the investigation was still ongoing. Moreover, many requested documents had previously been disclosed in the framework of the United Kingdom inquest procedure or formally notified to the British authorities and could therefore no longer be considered confidential.

94. Accordingly, the Court considers that the respondent State has failed to comply with its obligations under Article 38 of the Convention on account of its unjustified refusal to submit the requested material. In so far as the Government have sought to rely on the documentation which they have refused to provide, the Court will draw appropriate inferences from their failure to produce them.

II. PRELIMINARY ISSUE: THE ADMISSIBILITY OF THE LITVINENKO INQUIRY REPORT

A. Submissions by the parties

95. The Government submitted that the findings of the Litvinenko Inquiry could not be used to establish any violation of the Convention by Russia for two reasons. First, it was not the role of an inquiry to determine anyone's civil liability or criminal guilt. Secondly, the Investigative Committee of the Russian Federation ("ICRF") had carried out an analysis of the report prepared by the Chairman to the inquiry and concluded that his findings were inconsistent with the evidence which it had itself put forward, and that the Chairman had acted in contravention of British law. From the 249 documents the ICRF had provided to the inquest, only nineteen had been used in the inquiry. In particular, no use had been made of the statements by medical staff who had examined Mr Lugovoy and Mr Kovtun in Russia, the reports establishing the absence of contamination on certain aircraft and at the homes and offices of Mr Lugovoy and Mr Kovtun, or a statement by the Rosatom State nuclear energy corporation showing that no theft or unauthorised use of polonium had been reported. Furthermore, since the ICRF had not applied for the status of a core participant to the inquiry, it had not been able to challenge the evidence or tell "the other side of the story".

96. The applicant submitted that nothing in the Government's claims cast any doubt on the evidence used in the inquiry or any procedural process that led to the Chairman's findings. The admissibility of documents in the inquiry proceedings depended on their relevance, and the Chairman did not need to comment on each piece of evidence. The specific documents cited by the Government touched upon matters which were of marginal or no relevance to the inquiry's terms of reference. In contrast, where documents did go to the heart of the inquiry, such as the results of Russian testing for contamination on the planes, the Chairman had explained why he had accorded no weight to them. Other evidence, including Mr Lugovoy's and Mr Kovtun's interviews provided under mutual legal assistance during the inquest, had not been used in the inquiry for legal reasons because the Russian authorities had withheld their permission to use them. As far as core participant status was concerned, the ICRF had decided not to engage

with the inquiry, describing it as a "pseudo-process". The ICRF deliberately absented itself and later prevented Mr Kovtun from giving oral evidence, precisely so that the Russian authorities could later criticise the inquiry's findings as "one-sided".

B. The Court's assessment

1. Principles relating to the admissibility of evidence

97. As master of its own procedure and its own rules, the Court has complete freedom in assessing not only the admissibility and relevance but also the probative value of each item of evidence before it. The Court is not bound, under the Convention or under the general principles applicable to international tribunals, by strict rules of evidence and there are no procedural barriers to the admissibility of evidence in the proceedings before it (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 210 *in fine*, Series A no. 25, and, more recently, *Merabishvili v. Georgia* [GC], no. 72508/13, § 315, 28 November 2017).

98. The Court's reliance on evidence obtained as a result of a domestic investigation and on facts established within domestic proceedings has depended on the quality of the domestic investigative process, and the thoroughness and consistency of the proceedings in question (see *Finogenov and Others v. Russia*, nos. 18299/03 and 27311/03, § 238, ECHR 2011 (extracts), and *Tagayeva and Others v. Russia*, nos. 26562/07 and 6 others, § 586, 13 April 2017).

2. Application of the principles

99. In this instance, the contested evidence is the findings of a public inquiry into the death of Mr Litvinenko held in the United Kingdom.

(a) Conduct of the inquiry

100. The inquiry was established under the Inquiries Act 2005 which contained detailed provisions to ensure the independence and impartiality of the chairman and any members (see paragraphs 79-85 above). A High Court Judge with many years' experience on the bench was appointed as Chairman. He was assisted by a team of lawyers, including Counsel to the inquiry, whose sole function was to elicit the facts, "without fear or favour towards any party or any particular line of inquiry", and to examine all the evidence from an objective and independent standpoint.

101. In addition to being independent, the inquiry satisfied the requirements of transparency and accountability. The open evidence was received, and the witnesses were heard, in public hearings. Members of the public and press had unrestricted access to the hearings and a transcript of proceedings was posted on the inquiry website at the end of each day (see

paragraph 49 above). Documentary evidence could be accessed at, and downloaded from, the inquiry website throughout the duration of the proceedings. The report of the inquiry was both laid before Parliament and published (see paragraph 70 above).

102. Decisions taken by the Chairman were susceptible to judicial review (see paragraph 85 above), with the consequence that any person affected by a decision or ruling could bring an application for judicial review before three judges of the Divisional Court in order to challenge it.

103. All interested parties were eligible to apply for core participant status and many did with their applications being granted by the Chairman (see paragraph 51 above). The Russian authorities chose not to make such an application, whether through the ICRF or any other State agency. Similarly, Mr Lugovoy and Mr Kovtun declined to become core participants or give evidence, even though Mr Lugovoy had been a party to the inquest, and Mr Kovtun had promised at a late stage to testify via videolink before reneging on that commitment (see paragraphs 52-53 above). Had any of these parties been core participants, they would have been entitled, either personally or through their appointed legal representatives, to have made opening and closing statements, and, if appropriate, to have applied for permission to question witnesses giving evidence in the open hearings (see paragraphs 49, 86 and 87 above). Nonetheless, even in their absence steps were taken to ensure that the proceedings were fair. It is highly significant that the Chairman addressed the consequences to be attached to their decision not to participate and decided that no inferences would be drawn from their absence (see paragraph 56 above).

104. The Court cannot assess the well-foundedness of the Government's claim that, in the opinion of the ICRF, the conduct of the inquiry contravened British law because the Government neither produced a copy of the ICRF report containing those findings nor explained what those findings were or what specific issues of non-compliance were alleged.

(b) Terms of the inquiry and the use of evidence

105. The Court is satisfied that the inquiry was thorough and meticulous in its assessment of the evidence. Indeed, the Chairman expressly recognised that the circumstances of the inquiry called for an exceptionally rigorous and exemplary approach (see paragraph 58 above). A total of sixty-two witnesses gave oral evidence and witness statements from a further twenty witnesses were read to the inquiry (see paragraph 49 above). The Chairman adduced a large volume of evidence obtained from a variety of sources, but was precluded from considering the evidence obtained from Russia by way of mutual legal assistance as the Russian authorities had refused to allow this material to be used in the inquiry proceedings (see paragraph 54 above).

106. An inquiry may not find a person guilty of a criminal offence or determine a question of civil liability because it is no part of the function of an inquiry to prove a case of any kind. However, the Inquiry Rules permitted the Chairman to make findings of fact from which the likelihood of liability could be inferred if the evidence permitted this, seeking out and recording all factual matters required by the public interest, even if that involved reaching conclusions about the identity of the person or persons responsible for the death, and the motives underlying it (see paragraph 83 above). The Chairman was entitled to set out which of his findings of fact were made to the criminal standard of proof, that of "beyond reasonable doubt", and which ones to the ordinary civil standard of proof, that of the "balance of probabilities" (see paragraph 57 above).

107. In so far as the Government contended that the inquiry was "one-sided" as there was no one to tell the "other side of the story", the Court notes that they failed to offer any details as to what exactly "the other side of the story" might be. It is clear that the inquiry considered and ultimately rejected as unsupported by evidence alternative explanations for Mr Litvinenko's death, including those that Mr Lugovoy put forward in his press appearances. In particular, the Chairman considered whether Mr Litvinenko might have poisoned himself, either accidentally or deliberately (see paragraph 60 above). He also considered whether the killing of Mr Litvinenko might have been directed by the United Kingdom intelligence services, groups linked to organised crime, or Mr Litvinenko's business associates or acquaintances. However, none of these theories were supported by any evidence whatsoever (see paragraph 64 above).

108. It is true that neither the parties nor the Court have had access to the closed evidence as this material has been in the exclusive possession of the United Kingdom Government. However, in cases where the Court has not had sight of national security material on which decisions restricting human rights are based, it has instead scrutinised the national decision-making procedure to ensure that it incorporated adequate safeguards to protect the interests of the person concerned (see, *mutatis mutandis*, *Yam v. the United Kingdom*, no. 31295/11, § 56, 16 January 2020). The Court therefore takes note of the fact that the closed evidence procedure was set out in detail in the inquiry report and the nature of the closed material was described, albeit in broad terms. The Chairman, Counsel and Solicitor to the Inquiry and the legal team for the Home Secretary were present at the closed hearings. Counsel could make submissions regarding documentary evidence and witnesses giving oral evidence could be questioned by the Chairman and Counsel (see paragraph 87 above). Although material subject to a Restriction Notice could not be referred to in the public hearings and had to be redacted from the report prior to its publication, the Restriction Notices were themselves public documents, which were published both on the inquiry website and also as appendixes to the report (see paragraph 81

above). The Court is therefore satisfied that, to the extent possible under the circumstances, the taking and use of closed evidence was attended with appropriate safeguards.

109. Finally, the Court notes that the findings of the inquiry do not stand alone. They were consistent with the outcome of a criminal investigation conducted by the MPS. Having assessed the evidence obtained by the MPS, the CPS determined that there was sufficient evidence against both Mr Lugovoy and Mr Kovtun to charge them with Mr Litvinenko's murder by poisoning (see paragraphs 37 and 39 above). The fact that they did not ultimately stand trial for the crimes with which they were charged was not therefore due to a lack of evidence but rather due to the Russian Federation's refusal to extradite them.

(c) Conclusion

110. As there is no reason to doubt the quality of the domestic investigative process, or the independence, fairness and transparency of the inquiry proceedings, the Court considers that it cannot disregard the findings of the inquiry into the death of Mr Litvinenko solely because the authorities of the respondent State abstained from exercising their right to participate in those proceedings. Accordingly, the Court finds that the inquiry report should be admitted into evidence.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

111. The applicant complained under Articles 2 and 3 of the Convention that her husband, Mr Litvinenko, had been murdered in a particularly painful manner by Mr Lugovoy (with others) while acting as an agent for, or in connivance with, or with the knowledge and support of, the Russian authorities, and that the Russian authorities had failed to conduct an effective investigation into the murder. The Court will consider this complaint from the standpoint of the right to life guaranteed under Article 2 of the Convention which reads as follows:

> "1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law ..."

A. Submissions by the parties

1. *Compatibility* ratione loci *and jurisdiction*

(a) The Government

112. The Government submitted that the application was inadmissible *ratione loci* in its entirety because the events had occurred outside Russian jurisdiction. At the time of his poisoning, Mr Litvinenko was a British

national physically present in the United Kingdom. Russia had no "actual authority" over British territory and there was no causal link between any actions by the Russian authorities and the events in the instant case. The circumstances of the applicant's case did not fall within any of the exceptions to the territorial principle of establishing the State's jurisdiction as they were set forth in *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 55721/07, §§ 134-38, ECHR 2011) and *Jaloud v. the Netherlands* ([GC], no. 47708/08, §§ 139-53, ECHR 2014). Moreover, whilst in those cases the presence of the respondent State's military personnel acting in an official capacity on the territory of a third State was undisputed, the present case was substantially different in that the person responsible for Mr Litvinenko's death had never been identified and that, whoever that person was, there was no reason to believe that he or she had acted on the authority or with connivance of the Russian State. In support of their position, the Government referred to the findings of a domestic investigation which had not established Mr Lugovoy's involvement in the killing and also to their argument that the inquiry report was inadmissible in the proceedings before the Court (see paragraph 95 above).

(b) The applicant

113. The applicant submitted that authority, knowledge, support and connivance of the Russian authorities in her husband's murder had occurred in Russia. The acts of preparation, planning, knowledge and agreement had taken place in the Russian territory. The polonium 210 used to kill Mr Litvinenko had been produced at the Avangard facility in Russia and made available to Mr Lugovoy and others. Mr Lugovoy and others had travelled from Russia to the United Kingdom to carry out the act of murder and returned to Russia afterwards. The applicant relied on the Court's case-law that "the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage that State's responsibility under the Convention" (*Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 81, ECHR 2001-IV).

114. The application of fatal force by a State agent to an individual outside the State's national territory was sufficient, in itself, to bring that individual into the State's jurisdiction (she referred to the *Al-Skeini* and *Jaloud* judgments, cited above). Holding otherwise would mean that an assassination committed on the sovereign territory of Russia would be in violation of Article 2, whilst precisely the same conduct committed on the territory of another Contracting State would not – even where the victim had been granted asylum to protect him against the risk. This would create a perverse incentive for the State concerned to conduct assassinations abroad, rather than in Russia, because extra-territorial assassinations would be free

from constraint under the Convention, and free from the supervision of the Court. It would, at the same time, create a perverse incentive to violate the sovereignty of other Contracting States of the Council of Europe.

115. The applicant concluded that Russia also had jurisdiction, or had assumed jurisdiction, over the matter on account of it having commenced a criminal investigation. The Russian authorities also asserted their exclusive jurisdiction in so far as the provisions of the Constitution and the reservation to the European Convention on Extradition prevented them from extraditing Mr Lugovoy to the United Kingdom for trial.

2. Substantive obligation under Article 2 of the Convention

(a) The Government

116. The Government submitted that the domestic investigation "into the death of A.V. Litvinenko and attempted murder of D.V. Kovtun" had not established the involvement of any Russian authorities or agents of special services. The investigation did not find evidence of any leak or theft of polonium 210 from the Avangard production facility, where the applicant claimed the polonium 210 used to poison Mr Litvinenko had been produced, or from its storage rooms or laboratory, and a search in Mr Lugovoy's office, car and home did not yield any useful material for the investigation. Moreover, the materials submitted by the British authorities did not contain sufficient evidence for Mr Lugovoy's prosecution in Russia. The Russian investigators did their best in the situation of a dearth of evidence which was attributable to the British authorities' failure to execute fully the Russian requests for legal assistance. The applicant's own conduct had been counterproductive; she stated that she did not wish to have any part in the Russian investigation or exercise her procedural rights. She also put forwarded unsubstantiated allegations of the existence of a pattern or practice of State-sponsored assassinations. Not only did those claims fall outside the scope of the present case but they were based on the erroneous assumption that the State's responsibility for a particular incident could be established by reference to other kinds of blameworthy conduct allegedly attributable to that State. The applicant was not a victim of any of the alleged incidents and their circumstances were irrelevant to the present proceedings.

(b) The applicant

117. The applicant submitted that a thorough investigation by the British authorities had collected compelling evidence in support of her claim that her husband had been murdered by Mr Lugovoy with others, acting as agents for, or with the knowledge, support and connivance of, the Russian authorities. First of all, evidence was found of a polonium trail at three addresses in London which Mr Lugovoy had used and on the aircraft he had

taken to travel between Moscow and London. Secondly, scientific evidence established that it was highly likely that the polonium 210 used to kill Mr Litvinenko had come from a government facility in Russia; it was inconceivable that material of such quality could have come into Mr Lugovoy's possession without the authority or connivance of the Russian authorities. Finally, the Government had failed to rebut the strong presumption which the available evidence created.

118. The applicant invited the Court to accept and adopt the finding of the inquiry that there was a "strong probability" of Mr Lugovoy and Mr Kovtun acting as agents of the Russian State when they murdered Mr Litvinenko and that the assassination had been authorised by the Russian FSB. That finding was corroborated by overwhelming evidence establishing that the Russian State had engaged, over many years, in a pattern and practice of extra-territorial targeted assassinations in Qatar (2003, Zelimkhan Yandarbiyev), the United Kingdom (2006, Litvinenko; 2018, Sergey Skripal), Bulgaria (2015, Emelian Gebrev), Montenegro (2016, Milo Đukanović), Germany (2019, Zelimkhan Khangoshvili) and elsewhere in Europe. Those events formed part of the same overall pattern of Convention violations as those at issue in the present case. They each involved a pre-meditated and carefully planned clandestine killing, or attempted killing, by Russian State agents, in violation of the substantive guarantee of Article 2, on the sovereign territory of another Contracting State, followed by a carefully planned and executed attempt to cover up State responsibility through the failure to co-operate with an independent investigation, deliberate attempts to disrupt or frustrate such an investigation, and a campaign of State-sponsored misinformation.

3. Procedural obligation to investigate

(a) The Government

119. On the procedural obligation of the respondent State in a situation where the death of the person concerned occurred outside the scope of that State's jurisdiction, the Government submitted that particular regard should be had to the transnational dimension of the case which imposed a duty on all the States concerned to cooperate effectively with each other. The investigative authorities in Russia, which was both a requested and requesting State, had taken all necessary steps to trigger the proper mechanisms for cooperation and also properly responded to similar requests from the British authorities. In fact, the Russian authorities had sent a number of requests for legal assistance to the United Kingdom authorities which had failed to act upon them. The Government referred, by way of example, to a letter of 5 March 2007 by which the United Kingdom authorities had refused to inspect certain scenes and interview certain witnesses on the grounds that these actions were not deemed important for

the investigation. The United Kingdom authorities had withheld the medical report on the cause of death and samples of polonium 210, and had not interviewed all individuals whose statements Russia wished to obtain. As a consequence, the Russian investigation was denied information which could have helped the authorities to elucidate the matter. Moreover, in so far as the United Kingdom authorities appeared to believe that their jurisdiction was the appropriate venue for any trial into the murder of a British national occurring on British soil, it was clear that they had no genuine interest in seeking or providing assistance to the Russian investigation. In contrast, the Russian authorities had fully complied with the United Kingdom's requests for legal assistance: they had interviewed Mr Lugovoy and others, identified the users of mobile phone numbers, and provided medical reports and other data. It was however impossible to grant the extradition request because of the constitutional ban on the extradition of Russian nationals. Finally, Mr Lugovoy's election to the Parliament in December 2007 had provided him with immunity from prosecution.

(b) The applicant

120. On the procedural limb of Article 2, the applicant submitted that the Russian authorities had had every opportunity to carry out an investigation between December 2006 and December 2007 before Mr Lugovoy had obtained immunity. Referring to the United Nations Principles on the investigation of extra-legal executions (see paragraph 71 above), she argued that the duty to investigate fell on the Russian authorities because of their refusal to extradite Mr Lugovoy to the United Kingdom. The investigation had fallen short of the effectiveness requirement: there had been no accountability for the preparatory acts such as the obtaining of polonium 210; witnesses had not been interviewed and evidence had not been secured; no one's prosecution had been achieved or contemplated.

(c) The United Kingdom Government

121. Replying to the Court's invitation to respond to the Russian Government's allegations of insufficient co-operation, the United Kingdom Government submitted that, prior to the Russian Government's refusal to execute the request for extradition of Mr Lugovoy, the United Kingdom authorities had complied, so far as possible, with the mutual legal assistance requests addressed to them. Thereafter, the provision of further evidence to Russia was suspended owing to the growing concerns that the Russian State was likely to have been responsible for Mr Litvinenko's murder on British soil. It was felt that the provision of evidence could lead to a trial taking place in Russia which would be but a sham or a publicity stunt designed to displace responsibility for the murder. If the trial were held and concluded, this would have permitted Mr Lugovoy to rely on the bar of double jeopardy

in order to resist extradition to the United Kingdom in the event of his apprehension outside Russia.

122. As regards the Russian Government's allegations relating to particular pieces of evidence, the United Kingdom Government submitted that Mr Litvinenko's medical file and notes, and also written and oral evidence from the two pathologists who conducted his post-mortem examination, had been examined in open session and published on the inquiry's website. The inquiry had also received detailed evidence from an expert nuclear physicist concerning the properties and sources of polonium 210. Furthermore, had the ICRF applied for core participant status, it would have been afforded access to all the materials of the inquiry, with the exception of the sensitive evidence received in closed hearings.

B. The Court's assessment

1. General principles relating to jurisdiction

(a) Exercise of extraterritorial jurisdiction – general considerations

123. Article 1 of the Convention reads as follows:

> "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention."

124. The Court reiterates that the exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputed to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention. While a State's jurisdictional competence under Article 1 is primarily territorial, the Court in its case-law has recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extraterritorially must be determined with reference to the particular facts (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 132; *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, §§ 130-32, ECHR 2012; and *M.N. and Others v. Belgium* (dec.) [GC], no. 3599/18, §§ 97-98 and 101-02, 5 May 2020).

(b) Substantive obligation under Article 2 of the Convention

125. The two main criteria governing the exercise of extraterritorial jurisdiction are that of "effective control" by the State over an area outside its territory (spatial concept of jurisdiction) and that of "State agent authority and control" over individuals (personal concept of jurisdiction) (see *Al-Skeini and Others*, cited above, §§ 133-40, and *Georgia v. Russia (II)* [GC], no. 38263/08, § 115, 21 January 2021). In the present case, it is the second of these criteria that is relevant.

126. Under the personal concept of jurisdiction, "the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction" (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 136). Jurisdiction in such cases does not arise solely from the control exercised by the Contracting State over the physical premises in which individuals are held but rather from "the exercise of physical power and control over the person in question" (ibid., § 136). Whenever a State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense the Convention rights can be "divided and tailored" (ibid., § 137; see also *Jaloud*, cited above, § 154).

127. The Court reiterates that "a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State" (see *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 91, ECHR 2005-IV, and *Issa and Others v. Turkey*, no. 31821/96, § 71, 16 November 2004). That approach was followed in a series of cases including *Isaak v. Turkey* ((dec.), no. 44587/98, 28 September 2006), *Pad and Others v. Turkey* ((dec.), no. 60167/00, 28 June 2007), *Andreou v. Turkey* ((dec.), no. 45653/99, 3 June 2008), and *Solomou and Others v. Turkey* (no. 36832/97, §§ 48-51, 24 June 2008). In those cases, control over individuals on account of incursions and targeting of specific persons by the armed forces or police of the respondent State was sufficient to bring the affected persons "under the authority and/or effective control of the respondent State through its agents".

128. The Court has held that "accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory" (see *Issa and Others*, § 71, and *Solomou and Others*, § 45, both cited above). Targeted violations of the human rights of an individual by one Contracting State in the territory of another Contracting State undermine the effectiveness of the Convention both as a guardian of human rights and as a guarantor of peace, stability and the rule of law in Europe.

129. In its recent judgment in *Georgia v. Russia (II)*, the Court referred in particular to cases where State agents targeted an individual's life and limb extra-territorially even without having formally exercised powers of arrest or detention over that person (see *Georgia v. Russia (II)*, cited above, §§ 130-31). It considered that those cases concerning, as they did, "isolated and specific acts involving an element of proximity" must be distinguished from situations of "armed confrontation and fighting between enemy

military forces seeking to establish control over an area in a context of chaos" which exclude any form of "effective control" over an area or of "State agent authority and control" over individuals (ibid., §§ 132-33 and 137-38).

130. The line of cases referred to by the Grand Chamber – *Issa and Others, Isaak, Pad and Others*, *Andreou* and *Solomou and Others,* all cited above – concerned the actions of the respondent States' armed forces on or close to their borders. However, in the view of the Court, the principle that a State exercises extraterritorial jurisdiction in cases concerning specific acts involving an element of proximity should apply with equal force in cases of extrajudicial targeted killings by State agents acting in the territory of another Contracting State outside of the context of a military operation. This approach is consistent with the wording of Article 15 § 2 of the Convention which allows for no derogations from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war.

(c) Procedural obligation to investigate

131. As regards the procedural limb of Article 2 in cases where the death occurred under a different jurisdiction from that of the State in respect of which the procedural obligation is said to arise, the Court held that the institution by the investigative or judicial authorities of the respondent State of their own criminal investigation into that death, is in principle sufficient to establish a jurisdictional link for the purposes of Article 1 between that State and the victim's relatives who bring proceedings before the Court. The Court emphasised that that approach was in line with the nature of the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2, which has evolved into a separate and autonomous obligation, capable of binding the State even when the death occurred outside its jurisdiction (see *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], no. 36925/07, §§ 188-89, 29 January 2019, with further references; see also *Romeo Castaño v. Belgium*, no. 8351/17, § 37, 9 July 2019).

132. Where no investigation or proceedings have been instituted in a Contracting State, according to its domestic law, in respect of a death which has occurred outside its jurisdiction, the Court will have to determine whether a jurisdictional link may nevertheless be established for the procedural obligation imposed by Article 2 to come into effect in respect of that State. Although the procedural obligation under Article 2 will in principle only be triggered for the Contracting State under whose jurisdiction the deceased was to be found at the time of death, "special features" in a given case will justify a departure from this approach (see *Güzelyurtlu and Others*, cited above, § 190). However, the Court has not defined *in abstracto* which "special features" trigger the existence of a jurisdictional link in relation to the procedural obligation to investigate under Article 2, since these features will necessarily depend on the

particular circumstances of each case and may vary considerably from one case to the other (see *Güzelyurtlu and Others*, cited above, § 190).

2. Admissibility

(a) Procedural limb of Article 2

133. The Court notes that the Russian authorities instituted their own criminal investigation into the death of the applicant's husband under the domestic law provisions which gave them jurisdiction to investigate offences against Russian nationals wherever they were committed (see paragraphs 41 and 75 above). The pursuance of those proceedings established a "jurisdictional link" between the applicant, who complained under the procedural limb of Article 2 in respect of her husband's death, and the Russian State (see *Güzelyurtlu and Others*, cited above, § 191).

134. In addition, the Court notes that the suspects in the murder are Russian nationals who, since their return to Russia, have enjoyed the constitutional protection from extradition. That protection was relied upon by the Russian authorities to refuse the extradition of one of them to the United Kingdom (see paragraphs 38 and 45 above). As a consequence, the United Kingdom authorities were prevented from pursuing the criminal prosecution of the suspects. Whereas the possibility that a State may refuse a request for extradition of its own national is not as such incompatible with the obligation to conduct an effective investigation, the fact that the Government retained exclusive jurisdiction over an individual who is accused of a serious human rights violation constitutes a "special feature" of the case establishing the respondent State's jurisdiction under Article 1 of the Convention in respect of the applicant's complaint under the procedural limb of Article 2 (see *Hanan v. Germany* [GC], no. 4871/16, § 142, 16 February 2021). Any other finding would undermine the fight against impunity for serious human-rights violations within the "legal space of the Convention", impeding the application of criminal laws put in place by the United Kingdom to protect the right to life of their citizens and, indeed, of any individuals within its jurisdiction (see *Güzelyurtlu and Others*, cited above, § 195).

135. The Court therefore concludes that the Government's objection of incompatibility *ratione loci* should be dismissed in respect of the procedural limb of the complaint.

(b) Substantive limb of Article 2

136. As regards the complaint under the substantive limb of Article 2, the Court considers that the Government's objection *ratione loci* – that is to say, whether or not Mr Litvinenko was under the control of Mr Lugovoy and others and whether or not Mr Lugovoy and others acted as agents of the Russian State at the material time – is interlinked with the substance of the

applicant's complaint and shall be examined together with the merits (see *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, no. 17247/13, § 52, 26 May 2020).

(c) Conclusion as to the admissibility

137. The Court considers that the complaint raises serious questions of fact and law which are of such complexity that their determination should depend on an examination on the merits. It cannot, therefore, be considered manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention, and no other ground for declaring it inadmissible has been established. It must therefore be declared admissible.

3. Merits

(a) Procedural obligation under Article 2

138. The essential purpose of an investigation is to "secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life" and ensure the accountability of those responsible. In order to be effective, an investigation must be capable of leading to the establishment of the facts and, where appropriate, the identification and punishment of those responsible. The obligation to conduct an effective investigation is an obligation not of result but of means: the authorities must take the reasonable measures available to them to secure evidence concerning the incident at issue (see *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* [GC], no. 24014/05, §§ 172-73, 14 April 2015). The investigation's conclusions must be based on thorough, objective and impartial analysis of all relevant elements. Failing to follow an obvious line of inquiry undermines to a decisive extent the investigation's ability to establish the circumstances of the case and the identity of those responsible. The nature and degree of scrutiny which satisfy the minimum threshold of the investigation's effectiveness depend on the circumstances of the particular case and must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work (ibid., §§ 174-75).

139. In the present case the Russian investigative authorities launched an investigation into the death of Mr Litvinenko in December 2006, two weeks after his death (see paragraph 41 above). However, the issue is not so much whether there was an investigation, since it appears that there was one, as whether it was "effective" and whether the authorities were determined to identify and prosecute those responsible for the death of Mr Litvinenko.

140. The Government provided the Court with an outline of the investigative steps which had been taken. It would appear that in April 2007 a Deputy Prosecutor General and assisting investigators travelled to London where they conducted several interviews (see paragraph 41 above). Furthermore, the Government referred to a number of elements in their

observations. In particular, they claimed to have carried out tests for polonium 210 on the aircraft used by Mr Lugovoy and Mr Kovtun to travel between London and Moscow, on both Mr Lugovoy and Mr Kovtun themselves, and on items relating to them. They also claimed that interviews were carried out with some of Mr Litvinenko's family members and associates. Nevertheless, while documentary evidence of some of these tests or interviews may have been submitted to the inquest, no such documentation has been submitted to the Court.

141. Upon communication the Court specifically asked the Government a number of questions concerning the conduct of the domestic investigation. In particular, it asked if Mr Lugovoy had been interviewed; if the polonium 210 trail had been searched for and located within Russia; if Mr Lugovoy's home, car or office had been tested for polonium 210; if the production and storage facilities at the laboratory where polonium 210 was manufactured had been checked for any missing batches; and whether the officials responsible for production, storage or circulation of polonium 210 had been interviewed. The Court also asked the Government to submit a copy of materials from the domestic investigation file which they declined to do (see paragraph 90 above).

142. In their observations to the Court, the Government claimed that Mr Lugovoy had been interviewed by Russian investigators and his car and home had been searched but no material evidence was discovered and no basis was found for establishing criminal liability. They further claimed that the investigative authorities had established no leakage of polonium 210 from production or storage rooms of the facility where it was manufactured, and that no incidences of theft were established. The Court asked the Government to submit copies of the documents to which they referred in their observations and which formed a basis for their assertions. However, once again, the Court's request for documentation has been declined without justification (see paragraph 91 above).

143. As the Court has indicated in paragraph 94 above, a failure on a Government's part to submit material which is in their hands without a satisfactory explanation may give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant's allegations. In the present case, on account of the Government's unjustified refusal to submit the requested documentation, the Court finds that the respondent Government has failed to discharge their burden of proof so as to demonstrate that the Russian authorities have carried out an effective investigation capable of leading to the establishment of the facts and bringing to justice of those responsible for Mr Litvinenko's killing.

144. It also appears that the Russian authorities attempted to thwart the efforts of the British investigators to establish the facts of the case. They refused to make available the aircraft on which Mr Lugovoy and Mr Kovtun had travelled from Moscow to London for testing for radioactive

contamination (see paragraph 14 above). They also made an unsubstantiated claim that the aircraft on which the two men had flown back to Moscow was free of contamination (see paragraph 20 above).

145. Shortly after a magistrates' court issued a warrant for the arrest of Mr Lugovoy, a last-minute announcement was made that he would run for election to the Duma as a member of the Liberal Democratic party. When he was elected two months' later, he acquired parliamentary immunity (see paragraph 43 above). He was subsequently re-elected on the same party's ticket. This, however, was not an absolute bar to his being investigated or even prosecuted; the relevant legal provisions and the practice of their application indicated he could have been deprived of his immunity with the consent of the lower chamber of Parliament of which he was a member (see paragraphs 77 and 78 above). Yet there is no indication that the Russian authorities sought to explore this possibility.

146. There remains the Government's argument that the investigation in the present case had a transnational dimension and that any failings on the part of the Russian authorities had been due to the United Kingdom authorities' failure to comply with their requests for legal assistance. As no complaint has been made against the United Kingdom, it does not fall to the Court to consider whether the United Kingdom authorities complied with their obligation to cooperate with their Russian counterparts (see, by contrast, *Güzelyurtlu*, cited above, § 241 et seq.). Nonetheless, for the reasons set out below the Court does not accept that the actions of the United Kingdom authorities displace the inference that their Russian counterparts failed to conduct an effective investigation into Mr Litvinenko's death.

147. As the Government have not submitted either the criminal investigation file or the requests to the United Kingdom for legal assistance, they have not demonstrated that the material requested from the United Kingdom was in fact necessary for their own investigation to progress. This omission is of particular note given that by the time the requests were made the Russian investigation had already concluded that there had been no leaks or thefts from the Russian facility manufacturing polonium 210, and had already "exonerated" Mr Lugovoy and Mr Kovtun of their involvement in the killing and indicated that no other suspects were being investigated.

148. In light of the foregoing, the Court considers that there has been a violation of the procedural limb of Article 2 to the Convention on account of the Russian authorities' failure to conduct an effective investigation into the death of Mr Litvinenko.

(b) Substantive obligation under Article 2 of the Convention

149. At the time he was poisoned Mr Litvinenko was in the United Kingdom and therefore not present in an area over which the Russian State exercised "effective control". It remains therefore to be established whether

the Russian State can be held accountable for the alleged violation of his right to life under the personal concept of jurisdiction.

150. In the light of the Court's case-law summarised in paragraphs 126-130 above, the fate of the applicant's complaint about the assassination of her husband depends on the answers to the following two interrelated questions: (i) whether the assassination of Mr Litvinenko amounted to the exercise of physical power and control over his life in a situation of proximate targeting, and (ii) whether it was carried out by individuals acting as State agents. The Court will establish the facts on the basis of the evidence available in the case-file.

(i) Evaluation of evidence by the Court

151. In assessing evidence in cases concerning an alleged violation of the right to life, the Court has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt". However, it has not borrowed the approach of the national legal systems that use that standard, since its role is not to rule on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention. The specificity of its task under Article 19 of the Convention – to ensure the observance by the Contracting States of their engagement to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions its approach to the issues of evidence and proof. In the proceedings before the Court, there are no pre-determined formulae for assessment of evidence. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions (see *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 147, ECHR 2005-VII).

152. In addition, the conduct of the parties in relation to the Court's efforts to obtain evidence may constitute an element to be taken into account (see *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 26, ECHR 2004-VII). In this connection, the Court has held that where it is unable to establish the exact circumstances of a case for reasons objectively attributable to the State authorities, it is for the respondent Government to explain, in a satisfactory and convincing manner, the sequence of events and to exhibit solid evidence that can refute the applicant's allegations (see *Mansuroğlu v. Turkey*, no. 43443/98, § 80, 26 February 2008, and *Tagayeva and Others*, cited above, § 586).

153. The Court has found a violation of Article 2 where a *prima facie* case had been made that an individual was killed by State agents and the Government failed to provide any other satisfactory and convincing explanation of the events. It also found that it could draw inferences from the Government's conduct in respect of the investigation documents (see, for example, *Khashiyev and Akayeva v. Russia*, nos. 57942/00 and 57945/00, § 139, 24 February 2005). It has not, however, found a violation

in cases where the applicant's allegations are tenable but the circumstances of the death nevertheless remain a matter of speculation and assumption (see, for example, *Buldan v. Turkey*, no. 28298/95, § 81, 20 April 2004).

(ii) Establishment of the facts

154. In the present case, the circumstances of Mr Litvinenko's death are no longer a "matter of speculation and assumption". It has been established, beyond reasonable doubt, that he was poisoned with polonium 210, a rare radioactive isotope. It has been further established, also beyond reasonable doubt, that the poison was administered by Mr Lugovoy and Mr Kovtun.

155. Primary contamination – that is to say, evidence of direct contact between the radioactive substance and the surface on which it was deposited – was found in the hotel rooms where Mr Lugovoy and Mr Kovtun stayed on three occasions but also in the boardroom where they had first met Mr Litvinenko and in the teapot from which his tea had been poured. Secondary contamination – resulting from a transfer of primary contamination by someone's hand or foot – was discovered in most places that Mr Lugovoy and Mr Kovtun had visited during their stay in London (and also, in Mr Kovtun's case, in Hamburg) and on the aircraft on which they had flown. In contrast, the other locations tested for contamination, including Mr Litvinenko's home, Mr Berezovskiy's offices, Mr Scaramella's room, were free from traces of direct contact with the radioactive substance (see paragraphs 18, 22, 25 and 27 above).

156. A pattern of contamination in Mr Lugovoy's and Mr Kovtun's hotel rooms where the highest readings were located in the bathroom bin or sink plughole pointed to attempts having been made to dispose of the poison by throwing it into a bin or pouring it down the sink. It is significant that Mr Lugovoy and Mr Kovtun made not one but three separate attempts to poison Mr Litvinenko. Each time they came to London from Moscow either directly or, in Mr Kovtun's case, via Hamburg (see paragraphs 13, 21 and 23-24 above).

157. In these circumstances, the Court rejects the Government's assertion that the perpetrator or perpetrators of the assassination have not been identified. In the light of the documentary and other evidence which the parties have submitted to it, the Court, having regard to the standard of proof which it habitually employs when ascertaining whether there is a basis in fact for an allegation of unlawful killing, namely proof "beyond reasonable doubt", finds it established that the assassination was carried out by Mr Lugovoy and Mr Kovtun.

(α) Whether Mr Lugovoy and Mr Kovtun exercised physical power and control over the life of Mr Litvinenko in a situation of proximate targeting

158. As framed in paragraph 150 above, the Court's inquiry will first address the issue whether the assassination of Mr Litvinenko amounted to

the exercise of physical power and control over his life in a situation of proximate targeting.

159. The evidence of premeditation strongly indicates that the death of Mr Litvinenko had been the result of a planned and complex operation involving the procurement of a rare deadly poison, the travel arrangements for Mr Lugovoy and Mr Kovtun, and multiple attempts to administer the poison. Mr Litvinenko was not an accidental victim of the operation or merely adversely affected by it; the possibility that he may have ingested polonium 210 by accident is not borne out by the evidence (see paragraph 61 above). On the contrary, repeated and sustained attempts to put poison in his drink demonstrate that Mr Litvinenko was the target of the planned operation for his assassination.

160. The Court further notes that the evidence has established, beyond reasonable doubt, that Mr Lugovoy and Mr Kovtun knew that they were using a deadly poison rather than a truth serum or a sleeping pill (see paragraph 69 above). When putting the poison in the teapot from which Mr Litvinenko poured a drink, they knew that, once ingested, the poison would kill Mr Litvinenko. The latter was unable to do anything to escape the situation. In that sense, he was under physical control of Mr Lugovoy and Mr Kovtun who wielded power over his life.

161. In the Court's view, the administration of poison to Mr Litvinenko by Mr Lugovoy and Mr Kovtun amounted to the exercise of physical power and control over his life in a situation of proximate targeting. That being so, if this act was imputable to the respondent State, the Court considers that it was capable of falling within the jurisdiction of that State in line with its case-law cited above.

(β) Whether Mr Lugovoy and Mr Kovtun acted as State agents

162. The Court will next consider whether Mr Lugovoy and Mr Kovtun acted as agents of the respondent State.

163. It has been found as a fact that when Mr Lugovoy and Mr Kovtun committed the murder of Mr Litvinenko they were not acting on their own initiative, but on the direction of another entity (see paragraphs 63 and 69 above). There was no evidence that either man had any personal reason to kill Mr Litvinenko and it was not plausible that, if acting on their own behalf, they would have had access to the rare radioactive isotope used to poison him. The use of polonium 210 strongly indicates that Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting with the support of a State entity which enabled them to procure the poison. A radioactive isotope was an unlikely murder weapon for common criminals and must have come from a reactor under State control (see paragraphs 64-66 above).

164. Not only the means by which the killing had been perpetrated but also the motives pointed to State involvement. The public inquiry carefully reviewed and discarded several theories as to the entities which might have

wished Mr Litvinenko dead, which left the theory of State involvement as the only tenable one. The inquiry report further identified several reasons why organisations and individuals within the Russian State would have wished to target Mr Litvinenko. Having reviewed all evidence before him, the Chairman considered that there existed a strong probability that when poisoning Mr Litvinenko, Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting under the direction of the Russian security service (see paragraph 68 above).

165. In a case of an extraterritorial extrajudicial targeted killing, the authorities of the State on whose soil it was carried out can only do so much. They can and should, circumstances permitting, identify the perpetrators of the execution and the elements linking them to the State allegedly responsible for the execution. This was what the United Kingdom authorities did in the instant case. The Court considers that the identification of the perpetrators of the killing and the indication of their connection with the authorities of the respondent State established a strong prima facie case that, in killing Mr Litvinenko, Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting on the direction or control of the Russian authorities.

166. While there existed a theoretical possibility that the assassination of Mr Litvinenko might have been a "rogue operation" not involving State responsibility, the information needed to corroborate this theory lies wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the Russian authorities which moreover asserted exclusive jurisdiction over Mr Lugovoy and Mr Kovtun by invoking the constitutional protection against extradition. In these circumstances, the burden of proof was shifted onto the authorities of the respondent State which were expected to carry out a meticulous investigation into that possibility, identify those involved in the operation and determine whether or not Mr Lugovoy's and Mr Kovtun's conduct was directed or controlled by any State entity or official, which is a factor indicative of State responsibility (see Article 8 of the Draft Articles in paragraph 72 above).

167. The Government, however, have not made any serious attempt either to elucidate the facts or to counter the findings arrived at by the United Kingdom authorities. In fact, they have failed to engage with any fact-finding efforts, whether those conducted in the United Kingdom or those undertaken by the Court. They declined to participate in the public inquiry into the death of Mr Litvinenko. They did not comply with their obligations under Article 38 of the Convention by virtue of their unjustified refusal to submit a copy of materials relating to the domestic investigation (see paragraph 94 above), the materials which they claimed did not establish any State involvement in Mr Litvinenko's death.

168. Most significantly, as the Court has found above, the Russian authorities failed to carry out an effective investigation themselves (see paragraph 148 above). There is no evidence that, having full access to Mr Lugovoy and Mr Kovtun upon their return to Russia, the Russian

authorities have undertaken a verification of the facts already established in the United Kingdom's public inquiry; the facts which, as the Court found above, demonstrated Mr Lugovoy's and Mr Kovtun's responsibility for the killing of Mr Litvinenko. The Court reiterates that Mr Lugovoy's parliamentary immunity was not an absolute bar to his being investigated or prosecuted (see paragraph 145 above).

169. Consequently, the Court considers that adverse inferences may be drawn from the respondent State's refusal to disclose any documents relating to the domestic investigation. Noting the Government's failure to displace the prima facie evidence of State involvement, the Court cannot but conclude that Mr Litvinenko was poisoned by Mr Lugovoy and Mr Kovtun acting as agents of the respondent State. The act complained of is attributable to that State.

(iii) Conclusion on the substantive limb of the complaint

170. Having considered both prongs of the inquiry established in paragraph 150, the Court has accepted that when they poisoned Mr Litvinenko Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting as agents of the respondent State and that they exercised physical power and control over his life in a manner sufficient to establish a jurisdictional link with the respondent State for the purposes of Article 1 of the Convention. Accordingly, the Government's objection of inadmissibility *ratione loci* must be dismissed.

171. The Court reiterates that Article 2, which safeguards the right to life and sets out the circumstances when deprivation of life may be justified, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, from which no derogation is permitted (see *Velikova v. Bulgaria*, no. 41488/98, § 68, ECHR 2000-VI).

172. As the Government have not sought to argue that the killing of Mr Litvinenko could be justified by reference to any of the exceptions in the second paragraph of Article 2, the Court finds that there has been a violation of the substantive limb of that provision.

IV. OTHER ALLEGED VIOLATIONS OF THE CONVENTION

173. Lastly, the applicant complained under Article 3 about the distress and anguish caused to her and her son as a result of her husband's murder and her own contamination with a radioactive isotope.

174. The Court holds that the complaints which the applicant submitted on behalf of her son must be declared inadmissible *ratione personae* because she was not herself a victim of the alleged violations. It further notes that she did not produce any material capable of showing that the alleged side effects resulting from radioactive poisoning or the distress and anguish she had experienced had gone beyond the threshold of severity

under Article 3 of the Convention. This complaint is therefore manifestly ill-founded and must also be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

175. Article 41 of the Convention provides:

> "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

176. The applicant asked the Court to determine the amount of award in respect of pecuniary and non-pecuniary damage.

177. The Government pointed out that the applicant failed to specify the amount.

178. Pursuant to Rule 60 § 1 of the Rules of Court, an applicant who wishes to obtain an award of just satisfaction in respect of pecuniary damage must make a specific claim to that effect. Since in the present case the applicant failed to specify the amount claimed, the Court makes no award under this head (Rule 60 § 3) (see *Narodni List D.D. v. Croatia*, no. 2782/12, § 77, 8 November 2018).

179. In contrast, since non-pecuniary damage does not, by its nature, lend itself to precise calculation, Rule 60 does not prevent the Court from examining claims for non-pecuniary damage which applicants did not quantify, leaving the amount to the Court's discretion (see *Nagmetov v. Russia* [GC], no. 35589/08, § 72, 30 March 2017). Making an assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant 100,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable.

180. As regards the claims for damages which the applicant submitted, on 28 February 2020, of her own initiative after the time-limit fixed for the submission of claims had expired, the Court notes that they did not refer to any new elements of which she had not been aware when submitting her original claims or to any new expenses which she may have incurred after the expiry of the initial time-limit. In accordance with Rules 38 § 1 and 60 § 3 of the Rules of Court, the Court rejects this part of the applicant's claims. Moreover, in so far as she claimed "exemplary or punitive damages" to reflect the particular character of the violation she suffered and to serve as a deterrent in respect of violations of a similar nature by the respondent State, the Court has declined to make any such awards in the past (see the cases cited in *Greens and M.T. v. the United Kingdom*, nos. 60041/08 and

60054/08, § 97, ECHR 2010 (extracts)) and finds no reason to depart from the established case-law.

B. Costs and expenses

181. The applicant also claimed EUR 31,488.36 for the work of her representatives before the Court.

182. The Government commented that, as a general principle, governments should not bear responsibility for an applicant's decision to employ expensive lawyers (they referred to the United Kingdom Government's position in *I.J.L. and Others v. the United Kingdom* (just satisfaction), nos. 29522/95 and 2 others, § 10, 25 September 2001).

183. In the present case, regard being had to the documents in its possession, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 22,500 for the proceedings before the Court, plus any tax that may be chargeable to the applicant.

C. Default interest

184. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, unanimously, that the respondent Government failed to comply with their obligations under Article 38 of the Convention;

2. *Joins*, by a majority, the Government's objection of inadmissibility *ratione loci* to the merits of the substantive limb of Article 2 and *dismisses* it in respect of the procedural limb;

3. *Declares*, by a majority, the complaints concerning Mr Litvinenko's death admissible and the remainder of the application inadmissible;

4. *Holds*, by six votes to one, that there has been a violation of Article 2 of the Convention under the substantive and procedural limbs and *rejects* the Government's objection of inadmissibility *ratione loci*;

5. *Holds*, by six votes to one,
   (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:

(i) EUR 100,000 (one hundred thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
(ii) EUR 22,500 (twenty-two thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

6. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 21 September 2021, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

{signature_p_2}

Milan Blaško
Registrar

Paul Lemmens
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Dedov is annexed to this judgment.

P.L.
M.B.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE DEDOV

I regret that I cannot join the conclusions of the majority in finding a violation of both the procedural and the substantive limb of Article 2 of the Convention. I am not sure that those findings have been made beyond reasonable doubt. I found many deficiencies in the analysis by the British inquiry and by the Court which raise reasonable doubts as to the involvement of the suspects in the poisoning and whether they were acting as agents of the State.

A. Procedural obligation and jurisdictional link

1. My starting point relates to the general basis for establishing a procedural obligation and a jurisdictional link. The Court has stated that "in cases where the death occurred under a different jurisdiction from that of the State in respect of which the procedural obligation is said to arise, ... the institution by the investigative or judicial authorities of the respondent State of their own criminal investigation into that death, is sufficient to establish a jurisdictional link for the purposes of Article 1" (see paragraph 131 of the judgment). In my opinion, there was no jurisdictional link resulting either from the institution of the investigation by the Russian authorities or from any "special feature". The latter was indicated by the Court in paragraph 134 of the judgment, where it stated that "the fact that the Government retained exclusive jurisdiction over an individual who is accused of a serious human rights violation constitutes a 'special feature' of the case establishing the respondent State's jurisdiction under Article 1 of the Convention". The constitutional protection from extradition in general cannot serve as a "special feature" because this type of immunity is available to all Russian citizens under the Russian Constitution in line with international standards. Furthermore, the respondent State was prevented from fulfilling the obligation to conduct an effective investigation because the United Kingdom authorities refused to cooperate and to provide access to the investigation files in order to verify even the basic evidence confirming that the victim had been poisoned by polonium and that episodes of primary and secondary contamination had occurred (no public access exists to such materials, which were considered part of the inquiry, and the relevant links do not work).

2. Indeed, the Russian authorities instituted an investigation "into the death of Mr Litvinenko and the attempted murder of Mr Kovtun". However, the main purpose of the investigation was to identify the perpetrators who attempted to murder Mr Kovtun in circumstances connected with the death of Mr Litvinenko, as both "suspects" were contaminated when they returned to Russia. This brings me to the conclusion that the present case is different from the circumstances of the investigation in *Güzelyurtlu and Others*

v. Cyprus and Turkey ([GC], no. 36925/07, 29 January 2019). As regards Mr Litvinenko himself, the Russian authorities did not have jurisdiction to investigate, since by the time of the event, Mr Litvinenko had changed his citizenship to become a citizen of the United Kingdom, and had even changed his name to Edwin Redwald Carter to establish a link with his new home State and to terminate any civil status connected with Russia.

3. When it appeared that Mr Kovtun and Mr Lugovoy – who both had victim status in the Russian investigation – were considered suspects by the United Kingdom authorities, the Russian investigators asked for the material from the British criminal file (mainly because the Russian investigators were unable to find any material evidence supporting the involvement of the suspects in the killing), but their request was rejected by the United Kingdom authorities. It appears that in accordance with the observations of the Government, the British investigators refused to provide their Russian colleagues with any basic material evidence, including the samples of polonium (to compare with Russian polonium), the forensic medical report on the causes of death and any other material which could have constituted a basis for opening a criminal case against the "suspects". Furthermore, the Russian investigators were denied assistance and cooperation in order to test any theories other than the main one. This raises doubts from the very beginning as to the impartiality of the British investigation (contrary to the Court's conclusion in paragraph 110 of the judgment that "there is no reason to doubt the quality of the domestic investigative process, or the independence, fairness and transparency of the inquiry proceedings").

B. Jurisdiction under the substantive limb of Article 2

Source of polonium 210

4. The Court found that "the use of polonium 210 strongly indicates that Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting with the support of a State entity which enabled them to procure the poison" (see paragraph 163 of the judgment). However, the results of the inquiry were not so evident. It was not established by the British experts that the polonium discovered by the investigators in the United Kingdom was identical to the polonium produced in Russia. Obviously, the experts had the opportunity to obtain samples from the United States purchaser of the Russian polonium, but they could not confirm that the polonium that was used as a poison had been produced in Russia. Moreover, the inquiry established that there were many reactors and laboratories in Europe, including in the territory of the United Kingdom, where polonium could be produced. The conclusion was reached only because in Russia there was a "programme" for the production of

polonium. The Court should not have relied on such general and vague reasoning.

Control of the victim by the suspects

5. The first point of doubt relates to the contamination of means of transport. No contamination was found in the airport bus which carried the suspects when they arrived in London. Since this fact was established by the British investigators, the chairman of the inquiry paid no attention to it. When the Russian investigators found no contamination in the Russian aeroplane which carried the suspects to London, the chairman became very suspicious about the independence and impartiality of the Russian investigation. Such double standards could hardly be acceptable in a judicial examination. No polonium was detected at the airports in either Moscow or London. All these facts may prompt the reasonable theory that the suspects did not carry any poison with them, and that they were targeted on British territory by third parties.

6. The second point of doubt relates to the use of polonium by the suspects. Contamination was detected in rooms in different hotels. The Court paid special attention to this fact and concluded that the suspects had made several attempts to poison the victim (see paragraph 159 of the judgment). According to the inquiry and the Court, a high level of contamination in bathroom bins and sink plugholes pointed to attempts having been made to dispose of the poison by throwing it into a bin or pouring it down the sink. The Court noted (or even concluded) that "the evidence has established, beyond reasonable doubt", that the suspects "knew that they were using a deadly poison" (see paragraph 160 of the judgment). I am not sure that an international court that had no control over the investigation and inquiry can reach such firm conclusions in a situation where there was a lack of direct evidence to support the subjective intentions of the individuals concerned and thus to establish the subjective element of the crime.

7. I wonder myself whether the suspects could really have been so careless and reckless, since they allegedly knew that they were in possession of polonium, that it was a radioactive chemical element, and that if it was poured down the sink, the traces of the poison would remain detectable for a period of six months. It would have been more prudent to keep the polonium in a container preserving it from detection at airports (this could have been a small glass jar) and to throw it into a rubbish bin on a street far away from the hotel. Rather, those facts could reasonably give rise to a theory that it could have been any third parties who were tracking the movements of the "suspects" and left the contamination in every hotel rooms where they stayed, disposing of the poison in the same places and in the same manner, as a way of planting evidence against the "suspects".

8. The third point of doubt (deriving from the previous paragraph) relates to the possibility that third parties might have been the real perpetrators. The Court noted that "the public inquiry carefully reviewed and discarded several theories as to the entities which might have wished Mr Litvinenko dead, which left the theory of State involvement as the only tenable one. The inquiry report further identified several reasons why organisations and individuals within the Russian State would have wished to target" the victim (see paragraph 67 of the judgment). However, the British investigation followed by the inquiry paid little attention to theories other than the involvement of agents of the Russian State. They concentrated heavily and disproportionately on that theory. However, the theory of involvement of the British intelligence service, owing to the circumstances in which the material evidence was found in the hotels, could be considered much more tenable than the involvement of Russian agents in the poisoning. The main theory supported and developed by the inquiry becomes even more doubtful since it is not based on any direct evidence, but on the contrary is based on the statements of witnesses who specialise in conspiracy theories undermining the reputation of the Russian authorities (especially the Russian intelligence service) and portraying them as the devil. In contrast, the assessment of the British intelligence service in the inquiry report appears to be completely positive. I am not surprised that a British judge would find the Russian, not British, intelligence service responsible for the poisoning. But again, this raises the questions of double standards, independence and impartiality of the inquiry.

Whether the suspects were agents of the State

9. The Court has reached its conclusion using very general wording ("the indication of their connection with the authorities of the respondent State established a strong prima facie case that, in killing Mr Litvinenko, Mr Lugovoy and Mr Kovtun were acting on the direction or control of the Russian authorities" – see paragraph 165 of the judgment). It appears that only the circumstances of the poisoning were supported by material evidence. However, the involvement of the State in the poisoning was confirmed with the same conviction but without any evidence at all. The inquiry thus transformed from a quasi-criminal investigation to mere conspiracy theories. The Court based its assessment on the reactions of the authorities, which did not carry out an effective investigation and then refused to extradite the suspects and did not seek to deprive one of them of parliamentary immunity. I explained above that extradition is prohibited under the Russian Constitution, and that an effective investigation was not possible without the material evidence held by the United Kingdom authorities and was difficult, or even unrealistic, to achieve on account of the fact that the crime was committed outside the territory of the Russian

Federation, and therefore the key investigative steps were outside the control of the Russian authorities.

10. Neither the inquiry nor the Court had any evidence that the suspects were State agents. Instead, the Court shifted that burden of proof to the Russian Government in a situation when there was no prima facie claim. The Court fully relied on the conclusions of the inquiry and paid little attention to the fact that Mr Lugovoy had ended his State service in 1995 and Mr Kovtun in 1992, eleven and fourteen years respectively before the poisoning. Since then, they had been fully engaged in the private sector of the economy. Their motivation to kill cannot be justified by any of the reasons imagined in the report, including revenge. On the contrary, they provided security services to Mr Berezovsky, the victim's associate and even "friend", so the suspects had proved their friendship, loyalty, and trust on many occasions. I must say that the 1990s were very difficult years for the Russian people, who had to live in a failed State at that time. Organised crime rapidly developed and flourished. The law-enforcement officers were not motivated to continue their service and moved in large numbers to the private sector. This was quite natural, so there were no motives for either of the suspects to return to State service, and especially to agree to kill Mr Litvinenko. The response in the inquiry report (as well as the analysis) was inspired by a conspiracy theory: "there is no such thing as a former KGB man" (see Chapter 9 of the inquiry report).

11. It was not taken into consideration that the suspects had terminated their relations with the State institutions. Instead, all the previous and consequent activities of Mr Lugovoy were aimed at developing private security services in Russia and limiting the State's influence in this field. Furthermore, he was invited to engage in law-making activities by an opposition political party, and not by the ruling party. He was re-elected as an active member of the party – not simply for the purpose of immunity. Later, he was awarded an honour for his parliamentary activity.

C. Motivation

12. The inquiry report and the Court in the present judgment preferred not to develop other theories, including the involvement of British intelligence in the death of the victim. Both Mr Berezovsky and Mr Litvinenko left Russia together at the same time. Obviously, Mr Berezovsky could be considered much more dangerous for the Russian authorities as he intended to play a key role in Russian politics as a shadow director to gain power, money and influence without taking any responsibility. His manner of government distorted democracy in Russia, but instead he obtained refugee status in the United Kingdom as a political opponent of the Russian government. However, Mr Berezovsky was never a target, even if there was allegedly (according to Mr Litvinenko) an attempt to kill him in Russia just

before his departure. I think that Mr Berezovsky was not so active against his Russian opponents after settling in London. In contrast, Mr Litvinenko started a new life earning money by selling negative compromising information about Russian intelligence and high-ranking officials. He published a book about explosions at buildings in Moscow, blaming the Russian intelligence service, but this allegation has never been confirmed by any evidence. The inquiry report also presents a large amount of such implausible information provided by various witnesses.

13. It seems that the United Kingdom intelligence service was interested in such information even though it was very far removed from the interests of national security. Indeed, this information would be considered valuable if a different purpose had been pursued, namely to present the Russian authorities as the devil. No doubt the Russian intelligence services were and are considered an adversary by British intelligence. Also, I have no doubt that the relationship between the United Kingdom and American intelligence services is very different in nature from the relationship between the United Kingdom and Russian intelligence services. I presume that the Cold War has never ended for the intelligence services. Mr Churchill declared that cold war many years ago, and no other subsequent Prime Minister has declared officially that the war is over. Therefore, I am not surprised that the British judge found the Russian State responsible, and therefore confirmed the version of events put forward by the victim himself before his death and also provided in the application many years before the inquiry report was issued.

14. It could reasonably be understood that the election of Mr Lugovoy as a member of the national parliament was motivated by the fact that he had become a victim of the Cold War. The fact is that Mr Litvinenko worked for the United Kingdom intelligence service and those of some other countries, and expressed his dissatisfaction that Mr Lugovoy was not proactive in favour of British intelligence. Mr Litvinenko made no secret of the fact that he was an intelligence agent (probably because this would raise the credibility of the information provided by him) and the United Kingdom intelligence service could not tolerate this anymore. These circumstances should lead to the conclusion that many other people who had been targeted by Mr Litvinenko's attempts to find negative information about them, as well as the United Kingdom intelligence service, could have been interested in getting rid of him, so all those theories should have been a priority for the purposes of the investigation and inquiry. But nothing was done to that end: "I have heard no evidence to support this allegation" (see Chapter 3 of the inquiry report).

D. Approach of the Court to the assessment of the evidence

15. In such a controversial situation which casts doubt on the impartiality and independence of the British inquiry, the Court should have avoided such direct and unconditional endorsements of the findings of the inquiry report. While the Court may draw inferences from the material available to it, as well as from the authorities' conduct, when establishing the relevant facts of a case, it is ultimately for the Court to make its own findings and reach its own conclusions on the applicant's allegations (see *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 16, ECHR 2012).

16. The main problem in the present case is how the Court assessed the evidence in front of it. It relied entirely on the conclusions of the inquiry report without taking into consideration the level of probability with regard to the responsibility of the State. The Court therefore confirmed that the suspects acted on behalf of and on the instructions of the authorities without any reference to such probability, as though this were an established fact. At the same time the Court concluded that there was a prima facie claim which was not refuted by the Russian Government. Indeed, the Government did not institute a criminal investigation in respect of the "suspects", they refused to participate in the public inquiry, and they even refused to provide the Russian criminal case file to the Court. That could make the Court suspicious and more confident that there was really a prima facie claim. However, there was nothing to be refuted by the Government as the complaint under the substantive limb of Article 2 was not based on any material evidence. The persons who expressed their opinion about alleged State involvement cannot be considered witnesses from the criminal-law point of view as their "knowledge" was not based on facts, documents or any other material evidence. It was just a theoretical possibility. Therefore, the quality of the claim in the present case is doubtful, in my view, and so I have doubts that there was a prima facie claim in the present case.

17. The inquiry proceedings lacked the guarantees of a fair trial for many reasons. Since the defendants (individuals and officials of the respondent State) were not present in the proceedings, there should have been more scrutiny to ensure the effectiveness of the defence. However, the legal assistance was not effective: counsel for the defence did not raise any doubts such as those expressed above in the present opinion; nor did he examine the prosecution witnesses, who were left free to provide absolutely unbelievable statements and frivolous allegations. The inquiry chairman expressed a positive attitude in relation to the British investigation and a negative one in relation to the Russian investigation and its efforts to promote alternative scenarios. The assessment of evidence by the inquiry chairman was one-sided and was deficient in ensuring a fair balance and equality of arms. Obviously, the principles of a fair trial were not respected

in the inquiry proceedings, but the Court did not take that into account while assessing the evidence in the present case.

18. Contrary to the essential elements of a fair trial (see *Čepek v. the Czech Republic*, no. 9815/10, § 48, 5 September 2013, and *Alexe v. Romania*, no. 66522/09, § 37, 3 May 2016), the Court considered most of the allegations and probabilities to be established facts. The inquiry started with the question of criminal charges against the individuals concerned but ended with the responsibility of the Russian authorities, an outcome which the respondent State would not have been able to anticipate. I consider that the investigating authorities of both States did not engage in full-scale cooperation with each other (especially with regard to the investigation of alternative scenarios); the British authorities did not question any defence witnesses; counsel for the defence performed his functions purely formally during the inquiry; the link between the suspects and the authorities was not established; and no other actions of the Russian authorities can be interpreted as the State praising the suspects for the killing. Although the system of presumptions developed in the Court's case-law suggests that the Court relies upon formal truth and the activity of the parties alone, all the factors mentioned above should not have allowed the Court directly, without any reservations, to accept as established those factual allegations that were made in the inquiry report and were not rebutted by the Russian Government.

Due Diligence as a Standard of Conduct in Cyberspace

La due diligence come standard di condotta nel cyberspazio

Giulia Gasser

Sommario: 1. Introduction. – 2. Cyberspace and international law. – 2.1. The attribution problem in cyberspace. – 3. The due diligence principle. – 3.1. Roots of due diligence. – 3.2. Content of due diligence. – 3.3. Due diligence in cyberspace. – 4. Due diligence principle under Tallinn manual 2.0. – 4.1. Rule 6. – 4.2. Rule 7. – 4.3. Critical aspects. – 5. Alternative approaches. – 5.1. Application of the environmental preventive principle: an obligation to monitor. – 5.2. The theory of aggregation. – 6. Conclusion.

1. Introduction

In the modern era, cyber threats and cyber security failures are one of the greatest risks to the global economy and society. Indeed, in this world now fully digitalized, this integration of computing and communication technologies undoubtedly makes life much easier. However, given our dependence on it, and the inevitably vulnerabilities of IT systems, adverse events, caused by both States and non-State actors, can take place. In fact, cyber operations have the capacity to harm the security, economy and infrastructure of States on an equivalent scale to kinetic attacks. The consequences of a cyber harm can indeed be devastating, especially if the target is a critical infrastructure, providing an essential service, such as water, energy or telecommunications, or even a nuclear facility. Consequently, it is crucial to attempt to regulate this relatively new field of international law, which involves all States and private citizens. However, compared to other global risks such as climate change, there is a lack of incentive and public pressure to regulate cyberspace, and all that it concerns it.

The aim of this paper is to evaluate how the principle of due diligence, a well-known standard of conduct, applies to cyberspace and to low-intensity cyber operations, that thus fall below the use of force, by focusing on the Tallinn Manual 2.0, a project by a group of renowned international law experts, which addresses the international law applicable to cyberspace.

2. Cyberspace and international law

The term cyberspace was first used by William Gibson in 1982 in a story 'Burning Chrome' and then in his book 'Neuromancer', where cyberspace was described as a "a consensual hallucination experienced daily by billions of legitimate operators, in every nation". In the 1990s, the term 'cyberspace' was used to describe the 'location' in which people interacted with each other while using the Internet[1]. Since then, a number of authors proposed different definitions of cyberspace. Nowadays, cyberspace can be defined as a "virtual" world created by links between computers, Internet-enabled devices, servers, routers, and other components of the Internet's infrastructure[2]. As opposed to the Internet itself, however, cyberspace is the place produced by these links. It transpires also that although cyberspace may form a virtual space, it is nonetheless supported by physical objects such as computers, which connect the part of cyberspace

[1] J. BUSSELL, *'Cyberspace'*, *Britannica*, 2013, https://www.britannica.com/ accessed 23 September 2021.
[2] Ibid..

to the physical world. Moreover, interactions in cyberspace are independent of time or space restrictions and are conducted through logistics rather than through physical acts[3].

A 'cyber operation', on the other hand, is commonly defined as an operation that employs capabilities in order to achieve objectives in or through cyberspace[4].

Early in the evolution of the Internet, in the middle of the 1990s, many users believed and argued that the world of cyberspace should be free from the regulations of any national government, like John Perry Barlow in his "A Declaration of the Independence of Cyberspace[5]". Others thought that a special legal regime for cyberspace was unnecessary since cyberspace was no special space but had a predominant connection to the real world with its equipment, with users acting in a State's territory and with the effects of cyber activities and transactions in one or more States, that could be felt and measured in other States[6]. Consequently, cyberspace did not emerge as a new dimension, but has continuously been subject to State practice acting according to the traditional rules of international law.

Today, it is undisputable that international law applies to cyberspace. As the Internet is an international domain, then States must conduct themselves in accordance with international law and therefore the use of cyberspace is subject to international law[7]. Most States[8] and several international organizations, including the UN General Assembly First Committee on Disarmament and International Security, the G20, and the European Union, have affirmed that existing international law applies to the use of information and communication technologies (ICTs) by States[9]. The main vehicle for the codification, by States, of international law pertaining to cyberspace is the work of the United Nations' Group of Governmental Experts (GGE) on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security. The GGE produced four reports between 2010 and 2021, which represented the unanimous views of State-participants in the GGE process. The 2015 UN GGE Report confirmed the finding in the 2013 UN GGE Report that international law generally — and the Charter of the United Nations particularly — applied to States and their ICTs, since they are 'essential to maintaining peace and stability and promoting an open, secure, peaceful, and accessible ICT environment'[10]. The 2015 UN GGE explicitly noted that in their use of ICTs, States must observe, among other principles of

[3] N. TSAGOURIAS, *The legal status of cyberspace*, in Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds), *Research Handbook and International Law in Cyberspace* (Edward Elgar Publishing 2015) 13, 15.

[4] US Department of Defense, *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 1-02 (8 November 2010, as amended through 15 February 2016), 55.

[5] J. PERRY BARLOW, *'A Declaration of the Independence of Cyberspace' Electronic Frontier Foundation*, https://www.eff.org/it, accessed 24 September 2021.

[6] D. R. JOHNSON and D. POST, *'Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace' Stanford Law Review* [1995-1996] 1367, 1387.

[7] M. E. O' Connell, *Cyber security without cyber war*, 2012, 17 *J. Conflict & Sec. L* 187, 190.

[8] H. H. Koh, Legal Advisor U.S. Department of State, *International Law in Cyberspace*, 2012, USCYBERCOM Inter-Agency Legal Conference, https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/197924.htm, accessed 24 September 2021; UN General Assembly Resolution (UNGA), *Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States submitted by participating governmental experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security established pursuant to General Assembly resolution 73/266,* 13 July 2021, UN DOC A/76/136.

[9] UNGA, *Advancing responsible State behaviour in cyberspace in the context of international security*, 22 December 2018, UN DOC A/RES/73/266 ¶3; G20 Leaders' Communiqué, Antalya Summit (15-16 November 2015) ¶26; European Union External Action Service 'EU Statement- United Nations 1st Committee: Thematic Discussion on Other Disarmament Measures and International Security' (26 October 2018) 181026_26, 4, 6.

[10] UNGA, *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, 68th Session*, 24 June 2013 UN DOC A/68/98, 3; UNGA, *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, 77th Session, 22 June 2015, UN DOC A/70/174, 12 ¶24.

international law, State sovereignty and every principle that flow from it, the settlement of disputes by peaceful means and non-intervention in the internal affairs of other States[11].

Indeed, there is no question that non-destructive or injurious malicious cyber operations can violate various established international law norms, such as the principles of sovereignty and non-intervention and the UN GGE explicitly acknowledged that principles of international law that flow from that of sovereignty are binding in the cyber context[12].

2.1. The attribution problem in cyberspace

Since international law applies to cyberspace, there is no reason to deny the application of rules of State responsibility to conduct in cyberspace.[13] The contemporary rules of State responsibility are laid down in the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally wrongful Acts adopted by the International Law Commission (ILC) in 2001. Even though this text is not a treaty, it has been so extensively cited by international courts and tribunals, as well as in State practice, that it is considered as an authoritative statement of the customary international law on State responsibility.

By the Draft Articles, States are responsible for their "internationally wrongful acts" to those whom they have "injured" in the sense of violating an obligation owed.[14] Such acts are composed of two distinct elements: 1) an act or omission that breaches an international legal obligation, and 2) attributability of the act to the "responsible State".

"Attribution" denotes "the operation of attaching a given action or omission to a State**"** under international law[15]. By the general rule, the conduct of governmental organs is attributable under international law, whereas the actions of private persons are generally not.[16] The conduct of non-State actors is only attributed to a State when they are either acting "on the instructions" of that State or acting under its "direction or control"[17]. This requires some evidence of instructions or directions to commit an internationally wrongful act, which a State has a strong interest in suppressing.

The commentary to Article 2 ARS makes absolutely clear the fact that States act through human beings or groups; therefore, the issue of attribution is reduced to identifying the persons or groups that should be considered to act on behalf of the State. However, there are many characteristics of cyberspace that makes attribution extremely difficult.

The main one is 'anonymity', which means that cyber attackers can hide their identity. Therefore, there is the challenge of identifying which computer or computers were used to carry out a cyber operation[18]. Computer identification is only possible via the computer's IP (Internet

[11] Ibid. ¶26.
[12] Ibid. ¶27.
[13] M. N. SCHMITT (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Operations. Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence*, Cambridge University Press, 2017, 79 ¶1; Japan, *Japan's Position Paper for the Report of the United Nations Open-Ended Working Group on "Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security"*, undated, ¶4; United Kingdom, *Statement on Other Disarmament Measures and International Security to the 72nd UNGA First Committee*, 23 October 2017, 2.
[14] International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, UN Doc. A/56/10, commentary art. 1 ¶1.
[15] ILC, *Draft Articles on State Responsibility*, (n. 38) art. 2 ¶12.
[16] Ibid., chapeau to Chapter II ¶2-3.
[17] Ibid., art. 7.
[18] E. T. JENSEN and S. WATTS, *A Cyber Duty of Due Diligence: Gentle Civilizer or Crude Destabilizer*, 2017, 95, *TexLRev* 1555, 1557–8; P. MARGULIES, *Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility*, 2013, 14, *Melbourne Journal of International Law,* 496, 503.

Protocol) address that pin down its precise location.[19] However, it is possible, and it usually happens, for an actor to mask their IP address when carrying out harmful cyber operations.[20] Moreover, the groups or individuals involved may intentionally try to create the impression that a particular State was behind the operation (the 'spoofing' technique), simulating the IP address of a computer in a location different to that where it actually is[21]. As a result, although technical attribution can give good results, also thanks to the progresses made on technical indicia, such as behavioral and technological cues, it can never be absolutely exact[22]. Moreover, due to the particular features of cyber context, highlighted above, the mere fact that a cyber operation is carried out on a State's territory, or from a State's governmental cyber infrastructure, is insufficient to attribute the operation to that State[23].

Second, even if the computer used to carry out a cyber operation can be identified, attribution cannot be made out unless the person who was operating the computer can also be identified. However, it is almost impossible to identify directly and with certainty the person or entity operating a personal computer: their identity can only be established by way of presumption or on the basis of inside information disclosed by government agents of the State committing the internationally wrongful act[24], which is very unlikely to happen.

Another issue is the possibility of launching multi-stage cyber-attacks, in that a number of computers operated by different people and placed in different jurisdictions are infiltrated before an operation is launched[25].

Regarding State practice, a complicating factor is the classified nature of cyber activities by States, which makes it more difficult to even assess State practice: State-sponsored cyber operations are almost always secret and this allows States to keep the full knowledge of their cyber capabilities from their adversaries[26]. It also allows States the ability to plausibly deny their responsibility for the cyber activities that they are suspected of being involved in. The result of this secrecy is that the international community will often hear about cyber activities but will not be aware of any of the significant details, such as the identity of the perpetrators or the methods with which the malicious cyber activities occurred.

In addition, there is a lack of *opinio juris*, which could help clear the grey zones surrounding these situations. Unfortunately, States have often an ambiguous behavior towards attribution of cyber operations and regulation of cyberspace in general. Indeed, States value ambiguity, as it affords them greater freedom of action in cyberspace[27]. Uncertainty over the nature of cyber operations that violate sovereignty not only ease the chance that one's own operations will be labelled as unlawful, but also minimizes the risk that a target State will take countermeasures, in accordance to the law of State responsibility.

---

[19] C. ANTONOPOLOUS, *State responsibility in cyberspace*, in Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds), *Research Handbook and International Law in Cyberspace*, Edward Elgar Publishing 2015, 55, 62; M. PIHELGAS, *Back-Tracing and Anonymity in Cyberspace*, in Ziolkowski (ed), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace* (n. 35) 31, 33.

[20] N. TSAGOURIAS, *Cyber Attacks, Self-Defence and the Problem of Attributio*, 2012, 17 *JC&SL* 229; S. J. SHACKELFORD and R. B. ANDRES, *State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem*, 2011, 42 *GeoJIntlL* 971, 981–2.

[21] B. PIRKER, *Territorial Sovereignty and Integrity and the Challenges of Cyberspace*, in Ziolkowski (ed), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace* (n. 35) 212.

[22] TSAGOURIAS (n. 18) 234.

[23] M. N. SCHMITT (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare. Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence*, Cambridge University Press, 2013, Rule 7; ANTONOPOULOS (n. 17) 62; M. N. SCHMITT, *"Below the Threshold" Cyber Operations: The Countermeasure Response Option and International Law*, 2014, 54 *VaJIntlL* 697, 708.

[24] ANTONOPOLOUS (n. 17) 55, 62.

[25] TSAGOURIAS (n. 18) 233.

[26] E. T. JENSEN, *Due diligence in cyber activities* in Heike Krieger, A. PETERS and L. KREUZER (eds), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, 252, 259.

[27] M. N. SCHMITT, *Grey Zones in the International Law of Cyberspace*, 2018, 42, *YaleJIntlL* 1, 20.

Therefore, since the majority of cyber operations are conducted by private individuals, i.e. non-State actors, a way out has to be found in order to attribute the wrongful conduct of non-State actors to the State itself.

3. The due diligence principle

Since attribution in cyberspace can be particularly arduous, especially for conducts of non-State actors, a solution submitted by many authors is to establish State responsibility on the basis of the breach of the obligation of due diligence.[28] The due diligence principle is a well-known principle of international law, especially relevant in environmental law, which dispenses with the difficulties of attributing acts of individual to a State. This is because due diligence is a qualifier of behavior[29].

3.1. Roots of due diligence

The origin of due diligence can be traced to the ancient maxim *sic utero tuo ut alienum non laedas* (use your own property in such a manner as not to injure that of another)[30]. It also derives from the principle of sovereignty, and, therefore, it is a corollary of such principle[31]. A limited number of due diligence obligations were recognized in the nineteenth and early twentieth century and they covered many relevant issues, such as the protection of foreigners and of other States[32]. A State could be held responsible for a wrongful act when it 'has failed to show in the protection of such foreigner's person or property such diligence as could be expected from a civilized State', and required, in similar terms, the exercise of 'diligence in detecting and punishing the author of the damage'[33]. However, many scholars affirmed that due diligence was born with the obligations of neutral States, as the general duty of the State not to tolerate the use of its territory by private persons as a base for hostile military operations against another State[34]. Later on, due diligence obligations have developed mostly in the field of international environmental protection, especially in regard to the no harm principle. There is a clear consensus that, although the no harm principle does not state so explicitly, a State can only breach the principle if it fails to act with due diligence[35].

Therefore, due diligence does not apply exclusively to private activities, for a State's own transboundary polluting activities are subject to the due diligence rule. Nevertheless, due diligence has always clearly figured prominently where illegal conduct by non-State entities is concerned, that is, acts that cannot be attributed to a State. This is well exemplified by the relevance of due diligence especially in diplomatic law and the laws of war in examining what a State's legal responsibility for

---

[28] ANTONOPOLOUS (n. 17) 56; L. CIRCHOP, *A Due Diligence Standard of Attribution in Cyberspace*, 2018, 67 *International & Comparative Law Quarterly* 643, 643.

[29] A. PETERS, H. KRIEGER and L. KREUZER, *Due Diligence in the International Legal Order*, in H. KRIEGER, A. PETERS and L. KREUZER (eds), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press 2020, 2.

[30] J. BRUNNÉE, *Sic utero tuo ut alienum non laedas*, in R. WOLFRUM, (ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP 2010), ¶9.

[31] *Island of Palmas Case* (*Netherlands v USA*) (1928) 2 RIAA, 839.

[32] G. BARTOLINI, *The Historical Roots of the Due Diligence Standard*, in H. KRIEGER, A. PETERS and L. KREUZER, *Due Diligence in the International Legal Order*, (Oxford University Press 2020), 24-25.

[33] Special Rapporteur Francisco Garcìa Amador, *Second Report on State Responsibility*, 1957, UN Doc A/CN.4/106, 124 ¶14.

[34] R. PISILLO-MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule and the International Responsibility for States*, 1992, 35 *German Y.B. Int'l L.* 9, 9.

[35] T. KOIVUROVA, *Due Diligence*, in R. WOLFRUM (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP 2010) ¶15; J. BRUNNÉE, *Sic utero tuo ut alienum non laedas*, in R. WOLFRUM (ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP 2010), ¶12.

illegal private conduct is. In most of these instances, it is not the State that has breached the international law norm in question but a private entity or individual, whose act cannot be attributed to the State. Yet, the State has breached its own due diligence obligations of prevention and punishment with regard to the private activity.

3.2. Content of due diligence

Due diligence comes from the Latin word *diligentia* which can be translated as care or circumspection[36]. The Encyclopedia Britannica defines due diligence as 'a standard of vigilance, attentiveness, and care often exercised in various professional and societal settings. The effort is measured by the circumstances under which it is applied, with the expectation that it will be conducted with a level of reasonableness and prudence appropriate for the particular circumstances.'[37] Thus, diligence is a qualifier of behavior and is needed when a risk has to be controlled or contained, in order to prevent harm and damage to another actor.[38] It is an obligation on the part of a subject of law and failure to comply with the standard describes the culpability of the subject as one element of attributing legal responsibility to it.[39] Therefore, due diligence is an obligation of conduct,[40] not of result, which means that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of the harm to the other State: the obligation of the State is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent the harm as far as possible[41].

The expressions 'all means reasonably available' indicates that due diligence is a 'best effort' obligation, thus that requires States to take all reasonable or necessary measures to prevent a given event from occurring[42].

Finally, one important feature of due diligence is its flexibility and elastic nature. Indeed, it's its flexible character, namely its being able to provide for different concerns, which facilitated its emergence[43]. Both the first and the second report of the ILA describe due diligence as an 'open-ended standard or principle', and as a 'flexible concept'.[44] This means that the degree of diligence that the State must observe depends, largely, on the particular circumstances of each specific case and, therefore, due diligence is impregnated with differing content according to the specific area of international law in which it is invoked[45].

---

[36] PETERS, KRIEGER and KREUZER (n. 27) 2.

[37] Robert SPRAGUE, *Due Diligence' Britannica*, 2013, https://www.britannica.com/, accessed 2 October 2021.

[38] PETERS, KRIEGER and KREUZER (n. 27) 2.

[39] KOIVUROVA (n. 33) ¶1.

[40] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)* (Merits) [2007] ICJ Rep 43¶ 430; ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay) (Merits) [2010] ICJ Rep 14 ¶ 187; Michael N Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Operations. Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence* (Cambridge University Press, 2017) 49 (Rule 7); International Law Association, Study Group on Due Diligence in International Law, 'Second Report' (12 June 2016), 23.

[41] *Genocide Case* (n. 38) ¶ 430.

[42] ILC 'Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm' (n 105) commentary to art. 3, 154, ¶7; ILA 'Study Group on Due Diligence' (n. 38) 8; *Genocide Case* (n. 38) ¶ 438.

[43] BARTOLINI (n. 30) 4-5.

[44] ILA 'Study Group on Due Diligence' (n. 38) 3.

[45] R. PISILLO-MAZZESCHI, '*The Due Diligence Rule and the International Responsibility for States*' (1992) 35 *German Y.B. Int'l L.* 44.

3.3. Due diligence in cyberspace

As stated above, cyberspace presents some unique problems and it is an area of law in which responsibility of States is still not regulated, despite its relevance. That is why due diligence can be of use to assess States responsibility regarding cyber operations.

The most substantial self-limiting statement on the issue is possibly that of the 2015 United Nations Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (UN GGE). The twenty States involved in the Group were only able to offer in a report 'recommendations for consideration by States for voluntary, non-binding norms, rules or principles of responsible behavior of States aimed at promoting an open, secure, stable, accessible and peaceful information and communications technology (ICT) environment'[46]. Among those 'voluntary, non-binding' recommendations, the due diligence principle was embodied in the statement that 'States should not knowingly allow their territory to be used for internationally wrongful acts using ICTs'.[47] The UN GGE was also able to achieve consensus on the statement that 'States must not use proxies to commit internationally wrongful acts using ICTs and should seek to ensure that their territory is not used by non-State actors to commit such acts[48]'.

However, according to the International Group of Experts, the due diligence principle, and therefore its application in the context of cyber operations, has not achieved *lex lata* status: in fact, they expressed the view that States 'should' engage in due diligence, rather than a statement that they 'must' engage as a matter of law[49].

Therefore, although there is undoubtedly a generally accepted principle of due diligence that applies to States, the application of such principle to cyber operations fails to create meaningful obligations on States with respect to remedying or preventing transboundary cyber harm.[50] Indeed, the lack of acceptance of the due diligence principle with respect to cyber activities is currently creating an extremely dangerous and uncontrolled cyber environment that leaves the international community at risk.

4. Due diligence principle under Tallinn manual 2.0

The Tallinn Manual is a non-binding study on how international law applies to cyberspace, with the aim to bring some degree of clarity to the complex legal issues, partially highlighted above[51]. Thus, it constitutes an authoritative addition to the scholarly debate surrounding cyberattacks and cyber operations. The Tallinn Manual was written at the invitation of the Tallinn-based NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE) by an international group of experts, which are highly qualified legal scholars and legal practitioners with experience in cyber issues[52].

The project consists in two Manuals. The first one was published in 2013 and addresses the most severe operations: those that violate the prohibition of the use of force, entitles States to exercise their right to self-defence, or occur during armed conflict. The Manual 2.0, on the other hand, released in 2017, concerns the regulation of cyber incidents that fall below the thresholds of the use of force or armed conflict, which are the most common cyber threats, since the vast majority

[46] UN GGE Report 2015 (n. 8) ¶13.
[47] Ibid. ¶13(c).
[48] Ibid. ¶28(e).
[49] UN GGE Report 2013 (n. 8) ¶23; UN GGE Report 2015 (n 8) ¶13(c)-28(e).
[50] JENSEN (n. 24) 253.
[51] Tallinn Manual (n. 11) 18.
[52] NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE) "The Tallinn Manual", https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual/, accessed 16 October 2021.

of cyber-attacks do not cross the armed attack threshold[53]. Thus, it seeks to reflect the state of 'peacetime' international law in cyberspace[54].

The Tallinn Manual is a 'policy and politics-neutral' project[55]: indeed, the Manual's 154 rules represent the views of its experts, in their personal capacity[56]. Both the Manuals acknowledge a view by which the premise of applicability of the various rules is *lex ferenda* ('the law as it should be'), rather than *lex lata* ('the law as it exists')[57].

The Manual is divided into sections referred to as "Rules" and their accompanying commentary. Essentially, the rules reflect customary international law as applied in the cyber context and, since the adoption of any rule required consensus among the authors, the commentary of each rule has the purpose of outlining differences of opinion as to the precise application of the rule.[58] The commentary also identifies the legal basis of the rules, explains their normative content, and addresses practical implications in the cyber context.

Both the Tallinn Manual and Tallinn Manual 2.0 confirmed that the due diligence principle applies in cyberspace, but, in both Manuals, the experts could not agree on the scope of its application[59]. Moreover, they departed from the United Nations Groups of Expert's view, expressed in their Reports, that due diligence has not yet achieved *lex lata* status with respect to the sector-specific area of cyber operations[60]. None of the Tallinn experts took that view. They instead stated that, since the due diligence principle derives from the principle of sovereignty and the UN GGEs have themselves acknowledged that principles of international law that flow from that of sovereignty are binding in the cyber context, the due diligence principle did apply to cyber operations[61].

The 'due diligence rules' in the Tallinn Manual 2.0 are Rule 6 and Rule 7. Rule 6 focuses on the general principle of due diligence and how it is triggered. Rule 7, instead, concerns the compliance with the due diligence principle.

4.1. Rule 6

Rule 6 affirms that: "A State must exercise due diligence in not allowing its territory, or territory or cyber infrastructure under its governmental control, to be used for cyber operations that affect the rights of, and produce serious adverse consequences for, other State."[62]

Therefore, a State will only fail to exercise due diligence when it has knowledge of a cyber operation being carried out from within its territory, which is contrary to the rights of another State and which produces serious adverse consequences, and it fails to take feasible measures to prevent it.

The first element to trigger due diligence, knowledge, can be satisfied by both actual and constructive knowledge. Actual knowledge would be established if the target State could prove that the territorial State had information or detected, through State organs, such as intelligence agencies, that a cyberattack was being launched within its territory.[63] The drafters affirmed that

[53] SHACKELFORD, RUSSELL and KUEHN (n. 164) 3.
[54] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 3.
[55] NATO CCDCOE (n. 50).
[56] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 2.
[57] Ibid. 2, 3.
[58] Ibid. 4.
[59] Tallinn Manual (n. 11) Rule 5; Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 36¶25.
[60] UN GGE Report 2013 (n. 8) ¶23; UN GGE Report 2015 (n. 8) ¶13(c)-28(e).
[61] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 31¶3.
[62] Ibid. 30.
[63] Ibid. 40¶37.

actual knowledge, while representing the highest degree of knowledge, would be extremely difficult for the target State to establish.[64]

Therefore, the international experts concluded that constructive knowledge also triggers due diligence obligations. That is, a State breaches its due diligence obligation to terminate the operation, if it is unaware of the cyber operation in question but objectively *should have known* that its territory was being used for a cyberattack, since in the normal course of events it would have become aware of said use[65]. Thus, in the cyber context, a State should be presumed to have knowledge of a damaging transboundary cyber operation when the State intensively guards its cyber infrastructure; when malwares and other vulnerabilities infecting the State's cyber infrastructure are widely reported; when the cyber operation involves a cyber activity that is generally always detected such as a Distributed Denial of Service (DDoS) attack that significantly increases bandwidth usage compared to normal usage; or when the State's cyber infrastructure has already been exploited for the purpose of conducting a series of similar offensive cyber operations[66].

With regard to the material harm required, the International Group of Experts stated that the elements of contrariness to the rights of another State and of 'serious adverse consequences' are cumulative[67]. This means that only cyber operations of a certain level of gravity will engage a State's obligation of due diligence. Hence, the principle deals with cyber operations that breach an international legal obligation owed to the target States and, thus, that amount to an internationally wrongful act[68].

In Rule 4, the Manual sets out three distinct levels of harm which may result from a cyberattack: physical damage; loss of functionality; infringement below loss of functionality[69]. The Experts ruled that physical damage or injury is not required to trigger due diligence, thus implicitly agreeing that a loss of functionality to cyber infrastructure triggers due diligence obligations[70]. Hence, loss of functionality should trigger due diligence since the target State loses the ability to exercise exclusive control over the affected networks[71]. Finally, concerning the 'injuries' which fall below a loss of functionality, the experts agreed that minor inconveniences and disruptions would not reach the harm threshold requested to trigger the due diligence principle, since they would not alter, destroy or affect computer networks substantively, but merely cause irritation[72].

4.2. Rule 7

Rule 7 of the Manual requires a State to take all measures that are feasible in the circumstances to put an end to the cyber operation[73].

The Manual correctly formulates due diligence as an obligation of conduct: hence, it does not demand that the territorial State has to be successful in bringing to an end the cyber harm, but it only requires that the State act diligently in its efforts to do so[74]. Thus, quoting the Articles on State Responsibility and the *Genocide* judgment, they affirmed that only if the lack of success is the

[64] Ibid. 40¶38.
[65] Ibid. 41¶39.
[66] Benedict Pirker 'Territorial Sovereignty and Integrity and the Challenges of Cyberspace' in Ziolkowski (ed), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace*. *International Law, International Relations and Diplomacy* (NATO CCD COE Publication, Tallinn 2013) 193-194.
[67] Tallinn Manual 2.0 (n 38) 34¶15.
[68] Ibid. 34¶17.
[69] Ibid. 26¶22.
[70] Ibid..
[71] W. GOODMAN, *Cyber Deterrence: Tougher in Theory than in Practice?*, 2010, 4 *Strategic Studies Quarterly* 103.
[72] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 37¶26.
[73] Ibid. 43.
[74] Ibid. 49¶24.

result of the State's failure to exhaust reasonably available measures to terminate harmful cyber operations, it will be in breach of the due diligence rule[75]. Thus, due diligence is a legal obligation violated by omission, omission that encompasses both inaction and also the taking of ineffective or insufficient measures, when other measures, reasonably available and practicable, are feasible.[76] Therefore feasibility, in this context, should mean that the State must take measures that are 'reasonably available and practical'.

However, due diligence affords States broad discretion to determine the precise measures it adopts to discharge their best efforts. States are thereby obliged to exercise all feasible and reasonably available measures to terminate cyberattacks, that are consistent with each State's capabilities at the time of the cyberattack, and it is at the State's discretion to choose the means to comply with this rule[77]. The Experts stated that the feasibility of measures is always contextual, and thus, it will vary based on the technical, intellectual and financial resources at the disposal of the State and the extent of its control over cyber infrastructures located on its territory[78]. The Manual acknowledged that a State's capacity to terminate complex cyberattacks may be limited, if it does not have the requisite technology or resources to exercise remedial measures, but if it has exercised best efforts, in accordance with the State's capacity and resources, then the State has complied with its due diligence obligation[79].

4.3. Critical aspects

The Tallinn Manual's reception has not been uncritical, and many issues are at stake. The primary reason for this is the lack of geographical diversity, which has been said to undermine the international acceptability of the rules[80]. Thus, some criticized the project for making prevail a certain cultural and political orientation to the drafting table, essentially a 'Western' 'worldview, when, instead, the number of internet users is proliferating in non-Western States, to the extent that internet connectivity in non-Western States already surpasses that of Western States[81].

However, the main issue is that there is a disagreement regarding the status of the due diligence principle in cyberspace. Indeed, while the Experts acknowledged the view of the UN GGE expressed in their Reports that due diligence has not reached the *lex lata* status, they affirmed that none of the Experts held this view[82]. As due diligence is purportedly a primary rule of international law, a State's violation of which constitutes an internationally wrongful act, such hesitancy to accord the rule *lex lata* status produces a grey zone of international law[83].

Moreover, the Tallinn Manual 2.0 lacks a clear and concise explanation as to which actions trigger the due diligence principle. This lack of clearness and consensus has repercussions especially in the 'serious adverse consequences' requirement, in the 'feasibility' factor and in the 'knowledge' element, which are all core elements of due diligence. Thus, the fact that there is a lack of consensus on fundamental aspects of due diligence makes its applicability in cyberspace far from easy.

Indeed, the experts themselves noted that 'the precise scope of action required by the due diligence principle is unsettled'[84]. In addition, the Manual, when calculating the extent of the harm attributable to a State, rejected the idea that aggregation of cyber incidents, such as those caused

[75] Ibid..
[76] Ibid. 43¶2.
[77] Ibid. 44¶6.
[78] Ibid. 47¶16.
[79] Ibid. 47¶17.
[80] I. YUYING LIU, *The due diligence doctrine under Tallinn Manual 2.0*, 2017, 33 *Computer Law and Security Law*, 391.
[81] Internet World States, *Top 20 Countries with the Highest Number of Internet Users*, https://www.internetworldstats.com/top20.htm, accessed 17 October 2021.
[82] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 31¶3.
[83] SCHMITT (n. 25) 11.
[84] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 43¶1.

by Botnets, can constitute serious adverse consequences. Tallinn Manual 2.0 defines Botnet as: "A network of compromised computers, so-called 'bots', remotely controlled by an intruder, 'the botherder', used to conduct coordinated cyber operations, such as 'distributed denial of service' operations[85]". Many cyber operations launched from one State against another are conducted by means of a Botnet[86].

Botnet operations pose unique issues vis-à-vis the due diligence obligation, since their peculiarity is that they can originate from more than one State and take over IoT devices in even more. Thus, the use of Botnets diffuses the means of attack across a multitude of States, and thereby diffusing the individual responsibility of each States[87]. This raises the question of whether the requirement of serious adverse consequences refers to the aggregate consequences caused by the Botnet or only to those consequences caused by the bots in the State that may have the due diligence obligation. The majority of the experts rejected such theory on the basis that, according to them, aggregation would create an imbalance between the right to control territory and the duty to ensure it is not used to harm other States[88]. Moreover, the Experts stated that "it would be incongruent to assert that the sovereignty of the territorial State must yield to the target State's rights in cases in which its connection to the harm might be slight" and, by adopting aggregation, "a State could be held responsible for an internationally wrongful act based primarily upon the omissions of other States (i.e. those of the other States from which the Botnet is operated)". This interpretation, as the Manual implicitly admits, would exclude any State responsibility for Botnet operations, since, as such, the harm attributable to any given State would likely not reach the high threshold of serious adverse consequences[89]. Indeed, even if a State's territory is used in committing an operation that, if aggregated, would create "severe adverse consequences," that State has not violated its due diligence obligations unless the impact attributable to its territory alone led to "severe adverse consequences"[90]. This creates a situation where a targeted State is subjected to enormous harm but possesses no peaceful means sufficient to repair its grievance.

In addition, there are many practical challenges in determining knowledge, especially the constructive one: the Manual didn't suggest any evidentiary techniques or evidentiary standard of knowledge, to overcome the difficulty of a target State in establishing constructive knowledge[91]. However, above all, the main issue concerning the 'knowledge' element is the rejection of the preventive principle. The preventive principle is well known in international law, especially in environmental law: its main aim is to prevent damage to the environment. The obligation to prevent damageable transboundary conduct is an obligation of due diligence that can be defined as an obligation, in the particular circumstances, to exercise best possible efforts to try to prevent the conduct from happening or to terminate the conduct if it is already ongoing[92]. Thus, the obligation to prevent harmful international cyber activities depends on the specific context and has an elastic nature[93].

However, according to the International Group of Experts, the constructive knowledge standard does not impose to take preventive measures in order to gain awareness of any potential

[85] Ibid. 563.
[86] SCHMITT (n 25) 12.
[87] C. PATRICK, *Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations*, 2019, 28 *Washington Law Journal* 581, 597.
[88] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 38-39¶31.
[89] PATRICK (n. 85) 597.
[90] Ibid..
[91] LIU (n. 78) 394.
[92] International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion 2011 ITLOS Reports, ITLOS ¶110.
[93] I. COUZIGOU, *Securing Cyber Space: The Obligation of States to Prevent Harmful International Cyber Operation*, 2018, *International Review of Law, Computers & Technology* 32, 15.

transboundary harm[94]. Instead, a State is only required to act as some hypothetical "reasonable State" based on the circumstances[95]. The IGE "rejected the premise of a requirement to take purely preventive measures of a general nature based on the difficulty in mounting comprehensive and effective defences against all possible cyber threats[96]". Such a requirement, according to the Experts, would "impose an undue burden on States, one for which there is no current basis in either the extant law or current State practice." The IGE further noted that "States have not indicated that they believe such a legal obligation exists with respect to cyber operations, either by taking preventive measures on this basis or by condemning the failure of other States to adopt such measures". They also noted that because knowledge is a requirement under the principle of due diligence, it would be "contradictory to expand" the principle of due diligence to "hypothetical future cyber operations because a State cannot know of a "cyber operation that has yet to be decided upon by the actor".

Therefore, under the Manual's interpretation, States are never required to enact general preventative measures to discharge a due diligence obligation.

5. Alternative approaches

Since there are some flaws with the application of the Manual which, in tandem, deteriorate the due diligence principle's effectiveness, many esteemed authors proposed different ways to enhance due diligence's function in cyberspace, with potential fixes to these flaws that are consistent with the corpus of due diligence jurisprudence.

5.1. Application of the environmental preventive principle: an obligation to monitor

Because the cyber harm can be instantaneous and devastating, the most effective way to mitigate such harms is to prevent them, thus keeping it from getting into the system in the first place[97]. This could happen, for example, by monitoring the State's cyber infrastructures. Indeed, since the prevention principle obliges States to undertake a risk assessment and to inform, notify, and consult other States in concrete cases of risk of significant transboundary harm, it preconditions the ability of a State to notice irregular data streams or malicious software as such[98]. Moreover, in monitoring their networks to identify potential harmful cyber activities, States will have an active approach to limiting cyber harms rather than merely relying on a post-event remediation: indeed, if the origin State's obligation to exercise due diligence is not triggered until the victim State has experienced the effects of the cyber harm, the due diligence principle expresses its utility only with regards to remediation. Certainly, this would defeat the object and purpose of the due diligence principle.

In addition, as already stated above, the difficulty in determining constructive knowledge, combined with the lack of precautionary knowledge building, undermines the effectiveness of the due diligence principle[99]. This can allow malintent States to maintain plausible deniability, when it comes to cyber operations in their territory, without repercussions: indeed, without an obligation

[94] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 44-45¶7.
[95] Ibid. 42¶42.
[96] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 44-45¶8.
[97] K. ZIOLKOWSKI, *General Principle of International Law as Applicable in Cyberspace*, in K. ZIOLKOWSKI (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy* (NATO CCD COE Publication, Tallinn, 2013), 265.
[98] K. ZIOLKOWSKI, *General Principle of International Law as Applicable in Cyberspace*, in K. ZIOLKOWSKI (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy* (NATO CCD COE Publication, Tallinn, 2013) 169.
[99] PATRICK (n. 85) 600.

of precautionary knowledge building measures, these States are free to exploit this gap, fully aware that any alleged violations of their obligations are extraordinarily difficult to prove, and without some diplomatic framework, the harmed State is likely constrained to responses that escalate the situation and threaten global peace, such as retaliatory hacks or "hackbacks", or that are per se insufficient[100].

An imposition of precautionary knowledge building measures, especially an obligation to monitor ongoing cyber operations from its territory, would fix this problem: indeed, by requiring States to undertake such measures, the harmed States would hold accountable the States that conducted the attack more easily.

Furthermore, this would partially solve the 'transit State' problem, in respect of which is extremely difficult to establish knowledge, and therefore responsibility. Indeed, a cyber-unique area where the knowledge standard demonstrates great gaps is the area of transiting data[101]. Because of the nature of the internet, data will transit States through a set of protocols that allow the passage of data: cyber operations are frequently routed through several transit States before reaching their ultimate targets, both to obfuscate the attack's origin and to stir international tensions as well as because of the distributed nature of the Internet's architecture[102].

Despite the difficulty of establishing actual or constructive knowledge, there is no legal reason to consider that transit States do not have a duty of diligence[103]. However, in several cases it would be impossible to prove that there was knowledge of these actions in a transit State and, even if such knowledge were to exist, the available time for an appropriate reaction is of critical importance: with regard to the rapidity of transit in cyberspace, it is unlikely that any State of transit could be held accountable for violating the due diligence principle. By adopting an obligation to monitor its cyberinfrastructure, instead, a State would inevitably be more aware of the data transiting through its territory, and therefore a responsibility for not having stopped the transiting cyber operation would more readily claimed.

Requiring such knowledge building measures is consistent with the object and purpose of the due diligence principle. In fact, there exists no structural or theoretical obstacle to such an aspect of due diligence[104] and, moreover, in the international jurisprudence there are many case law in which the duty to prevent has clearly been stated in regard to due diligence[105].

A procedural due diligence approach in cyberspace would not require States to harden their systems against any possible cyber threat, nor would it require States to guard against any "hypothetical future cyber operations", as affirmed by the IGE[106]. Instead, as the Court stated in Pulp Mills and Costa Rica, States would have a procedural due diligence obligation that would be triggered once the State embarks on any activity "having the potential adversely to affect the rights

---

[100] Ibid. 600-601.

[101] JENSEN (n. 24) 261.

[102] S. SHACKELFORD, S. RUSSELL and A. KUEHN, *Defining Cybersecurity Due Diligence Under International Law: Lessons from the Private Sector*, in M. R. TADDEO and L. GLORIOSO (eds.) *Ethics and Policies for Cyber Operations* (Springer 2017) 11.

[103] K. BANNELIER-CHRISTAKIS, *Cyber Diligence: A low-intensity due diligence principle for low-intensity cyber operations?*, 2014, 14 *BaltYIL* 6.

[104] K. BANNELIER-CHRISTAKIS, *Due Diligence: a Core Principle in the Fight against Ransomware and Cybercrime*, 2021, *InCyber*, 23 August 2021, https://incyber.fr/en/due-diligence-a-core-principle-in-the-fight-against-ransomware-and-cybercrime-2/, accessed 3 November 2021.

[105] *Alabama Claims of the United States of America against Great Britain*, 1872, 29 RIAA 130; *T. H. Youmans (USA v. United Mexican State),* 1926, 4 RIAA 115¶12; *Corfu Channel (United Kingdom v Albania*) (Merits) [1949] ICJ Rep 4, 23; *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (Merits) [2005] ICJ Rep 168, ¶179.

[106] P. Z. STOCKBURGER, *From Grey Zone to Customary International Law: How Adopting the Precautionary Principle May Help Crystallize the Due Diligence Principle in Cyberspace*, in MINÀRIK, JAKSCHIS and LINDSTRÖM (eds.) 2018, *10th International Conference on Cyber Conflict Cycon X: Maximising Effects* (NATO CCD COE Publications 2018), 257.

and interests of another State" to "ascertain if there is a risk of significant transboundary harm[107]". Specifically, in such circumstances, States would be required to conduct an "impact assessment" to determine if the State's actions in cyberspace would have the potential to adversely affect the rights and interests of another State. This "impact assessment" could come in a variety of forms and would be circumscribed in "light of the specific circumstances of each case[108]". Further, as the Court stated in Costa Rica, if the impact assessment "confirms that there is a risk of significant transboundary harm, the State planning to undertake the activity is required, in conformity with its due diligence obligation, to notify and consult in good faith with the potentially affected State, where that is necessary to determine the appropriate measures to prevent or mitigate that risk[109]".

The concern raised by the IGE in Tallinn Manual 2.0 that the due diligence principle is difficult to effectuate in cyber space because of the "difficulty of mounting comprehensive and effective defenses against all possible cyber threats" would be mitigated[110]. Indeed, States would not have to mount comprehensive and effective defenses against all possible cyber threats, but they would instead only need to conduct a procedural due diligence impact assessment, if triggered[111].

Moreover, applying the precautionary approach in cyberspace would not, as the IGE supposes in the Tallinn Manual 2.0, place an unreasonable burden on States, because the obligation would not require the State to harden systems per se but only to conduct a procedural review to determine if there is a threat of significant harm to another State.

Adopting the preventive approach in cyberspace would therefore introduce a procedural due diligence obligation on States, and would impose two distinct obligations on States: first, to undertake a cyber impact assessment to ascertain if there is a risk of significant transboundary harm, and, second, if the impact assessment confirms there is a risk of significant transboundary harm, the State is required to notify and consult in good faith with the potentially affected State.[112] Thus, under the formulation set out by the ICJ in the Pulp Mills and Costa Rica cases, it could be agreed between States that, as a general rule, States must take steps to mitigate any potential transboundary harm resultant from potential cyber operations using that territorial State's cyber infrastructure, even if there is no conclusive evidence of attribution, technical identification, or operational certainty. To effectuate this substantive obligation, as in the environmental context, a procedural obligation would be required by States. This requirement would not, as the 2017 IGE suggests, require a State to anticipate every hypothetical attack, but it would instead "allow the territorial State to know the current State of its national cyber infrastructure, to measure that against known threats within and outside its jurisdiction, and to make a determination as to whether it should consult with other States based on a threat analysis commensurate with the experience and resources of the territorial State[113]."

Adopting this obligation is not impossible for States, as many already affirmed a preventive obligation embodied in the due diligence principle in many of their cyber strategies[114].

Moreover, adopting a procedural due diligence approach in cyberspace would also be consistent with international law. States could apply this principle "when determining whether to enter into negotiations with other States regarding the results of their impact assessment, and whether certain systems should be hardened, or further information should be exchanged[115]".

---

[107] *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v Nicaragua) (Merits) [2015] ICJ Rep 667, 707 ¶104.
[108] Ibid..
[109] Ibid..
[110] Tallinn Manual 2.0 (n. 38) 45¶8.
[111] STOCKBURGER (n. 104) 260.
[112] *Costa Rica* (105) 707¶104.
[113] STOCKBURGER (n. 104) 259.
[114] The White House "International Strategy for Cyberspace" (May 2011) 10; Italy "Italian Position Paper on 'International Law and Cyberspace'" (4 November 2021) 6.
[115] STOCKBURGER (n. 104) 258-259.

However, even if the adoption of preventive measures is crucial in order to render cyber due diligence effective, a possible risk is the potential for States to use the duty to monitor and prevent cyber harms as the basis for censoring opponents and suppressing human rights, such as the freedom of expression. The evolution of due diligence certainly has the potential to develop in such a way as to justify the repression of human rights, a risk which has also been noted by States[116]. As the international community strengthens the obligation of States to monitor their ICTs, it must also ensure that strict safeguards are in place to prevent States from using this duty to censor communications that are critical of the government or government policies[117]. Further, the required monitoring should not be used on the basis of political rather than internet safety issues to justify the targeting of specific individuals or groups and their expression. Vigorous oversight by the Human Rights Committee and other NGOs will certainly help prevent such abuses, but other mechanisms, specifically adapted to the review of domestic cyber policies, may become necessary[118].

5.2. The theory of aggregation

The Manual rejected the idea that an aggregation of cyber incidents, such as those caused by Botnets, can constitute serious adverse consequences, mainly because it would create an imbalance between the right to control its territory and the obligation to ensure it is not used to harm other State's rights and because it would be incongruent if the harm caused by the operation is slight[119]. Thus, even if a State's territory is used as part of a larger attack that, in totality, would cross threshold of serious adverse consequences, no due diligence obligation will attach unless the amount of harm specifically attributable to a State is sufficient to cross that threshold[120].

The rejection of the theory of aggregation when determining the character of the triggering harm fails to cover Botnet operations[121], and thus is considered by the critique as one of the biggest flaws of the Tallinn Manual 2.0 due diligence, alongside with the rejection of the preventive principle. Indeed, the critique argued that the nature of Botnet operations, in particular, would rarely reach the threshold of harm required by the due diligence principle, leaving the victim State without a claim and the generating State without an obligation[122]. This scenario would threaten international peace and security, given the catastrophic consequences that Botnet operations cause[123].

Adopting aggregation would fix this issue. Indeed, under aggregation, a State would bear responsibility for the part of the triggering harm attributable to it[124], and thus responsibility would be attached to each culpable State, thus inevitably solving the issue of State's responsibility in Botnet operations.

---

[116] European Union, Joint Communication to the European Parliament and the Council, *Resilience, Deterrence and Defence: Building Strong Cybersecurity for the EU*, JOIN/2017/0450 final, 13 September 2017, (n. 205) 18.
[117] JENSEN (n. 24) 267.
[118] Ibid..
[119] Tallinn Manual (n. 38) 38-39¶31.
[120] Ibid. 38-39¶31-32.
[121] PATRICK (n 85) 596.
[122] Ibid. 597-598.
[123] G. M. GRAFF, *How a Dorm Room Minecraft Scam Brought Down the Internet*, WIRED, 13 December 2017, https://www.wired.com/story/mirai-botnet-minecraft-scam-brought-down-the-internet/; A. GREENBERG, *The Reaper IoT Botnet Has Already Infected a Million Networks*, WIRED, 20 October 2017, https://www.wired.com/story/reaper-iot-botnet-infected-million-networks/; N. WOOLF, *DDoS Attack that Disrupted Internet was Largest of its Kind in History, Experts Say*, THE GUARDIAN, 26 October 2016, https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/26/ddos-attack-dyn-mirai-botnet.
[124] Tallinn Manual (n. 38) 38¶30.

Strictly connected to the Botnet problem is a collective action issue[125]. States know that protecting their cyber infrastructures against Botnets is of vital importance but know that successful prevention requires collective action. However, States who act alone may suffer some negative externality and so it would be otherwise unwilling to act without some assurance of reciprocity[126]. However, since under aggregation a State would bear responsibility for the part of the triggering harm attributable to it, this would increase the incentives for States to act collectively, and, in combination with the application of the principle of prevention just analyzed, may outweigh any negative externality associated with such an action. Furthermore, initial State action would function as the assurance of reciprocity needed by skeptical States[127]. This could entail cooperation among States and lead to the collective solutions necessary for effective Botnet prevention[128].

6. Conclusion

The analysis shows that, since the majority of cyber operations are conducted by non-State actors and a State is not responsible for the acts of its private citizens, unless they are acting "on the instructions" of that State or acting under its "direction or control", due diligence can be an effective tool in order to attribute an international wrongful act to a State, even if conducted by a non-State actor.

The Tallinn Manual 2.0 has been the subject of the debate concerning due diligence in cyberspace. Even if it is not legally binding in nature, it has nevertheless been useful to inspire a doctrinal discussion concerning cyber due diligence.

The paper shows that, in order to successfully apply due diligence in cyberspace, a few adjustments are in order.

First, the essay indicates how the rejection of preventive measures undermines the 'knowledge' requirement. Indeed, establishing that the territorial State knew or ought to have known about the on-going cyber activity is already arduous. More so, not coupling the knowledge requirement with a duty to take preventive and precautionary measures, renders almost impossible to establish a State's knowledge of the illicit cyber activity and therefore a violation of due diligence. Moreover, not requesting preventive measures is contradictory with the due diligence principle itself, since, as stated by the ICJ, within the due diligence principle there exists a principle of prevention which is also a customary rule. The precautionary principle in cyberspace is, of course, not reflective of customary international law. However, this paper argues that the approach should be *lex ferenda*, therefore as the law should be. By requiring States to undergo critical assessments of their cyber infrastructure to determine potential vulnerabilities, the precautionary approach would create a baseline obligation for States that could help to crystallize the due diligence principle in cyberspace and help move this grey zone of international law to a principle of customary international law. Another variation that has to be done is the adoption of the theory of aggregation, which has been surprisingly rejected by the Tallinn Experts, *de facto* excluding any State responsibility for Botnet operations, since, as such, the harm attributable to any given State would likely not reach the high threshold of serious adverse consequences. Given the fact that Botnets are considered the biggest threat to the Internet today and that the most forms of Internet crimes, such as spam, DDoS attacks, spyware and click fraud, originate from Botnets, is not an issue to take lightly. Therefore, the adoption of the theory of aggregation is necessary.

[125] PATRICK (n. 85) 598.

[126] The Secretary of Commerce and The Secretary of Homeland Security, *A Report to the President On Enhancing the Resilience Internet and Communications Ecosystem against Botnets and other Automated, Distrubuted Threats*, 22 May 2018, 3.

[127] M. R. FRANK, N. OBRADOVICH, L. SUN, W. L. WOON, B. L. LEVECK and I. RAHWAN, *Detecting reciprocity at a global scale*, 2018, 4 *Science Advances* 1, 4-5.

[128] Tallinn Manual (n. 38) 38¶30.

In any case, due diligence in cyberspace should become *lex lata*, 'the law as it is', by implementing State practice and *opinio juris.* This could be done by giving authoritative statements about the applicability of due diligence in cyberspace. Indeed, the UN could, possibly through additional meetings of the UN GGE, begin the process for authoritative statements that might lead to the eventual crystallization of a new customary norm[129]. Indeed, a consensus may grow around a more rigorous obligation of due diligence. This process of authoritative statements could also lead to the clarification of some problematic aspects of due diligence in cyberspace, such as the 'serious adverse consequences' standard. Undoubtedly, the ideal solution would be the ratification of a treaty, but this is unlikely to happen any time soon. Reaching an agreement regarding controversial issues, such as cyberspace regulation, is indeed a process that is going to take a long time. In particular, in the cyber context there are many difficulties that could delay the adoption of a treaty, namely the States' general reluctance to declare resources to be common or shared or to lay down specific harm prevention obligations, or to engage in 'big treaty making', and the particular reluctance of some States to subject cyberspace to an international legal regime[130]. Moreover, there is a typically slow pace of progress in multinational fora dealing with international law[131]. Therefore, in order to speed it up, a solution could be to establish some framework agreements, and leave detailed norms for a later time. A framework agreement can be defined as a legally binding treaty of international law that establishes broad commitments for its parties and a general system of governance, while leaving more detailed rules and the setting of specific targets either to subsequent agreements between the parties, usually referred to as protocols, or to national legislation.[132] Therefore, they help in dealing with complex, evolving issues by allowing parties to begin by defining the common concern at hand, agreeing on principles to guide States' actions, and establishing institutions and decision-making procedures for subsequent regime-development.[133] This approach facilitates agreement on collective action and standards that are applicable to all parties, which an important feature for efforts to address collective concerns. In addition, soft regulatory processes enable speedier regime development and adjustment than processes that require ratification by individual States, as in a traditional treaty.

What is also needed is effective regulation that considers the crucial role of the private sector as well as the intermediating functions of domestic institutions and international organizations.

Unfortunately, State interests remain the central obstacle for the practical application of due diligence. Significant academic efforts to apply principles of international law to the cyber context have not yielded encouraging practical outcomes. Indeed, at the moment, there is little incentive for States to comply with international law in cyberspace. This lack of regulation is very convenient to them, as it allows them to exploit the aforementioned legal gaps and to have a great deal of freedom in cyberspace. This is especially true for States with high cyber capabilities, such as Russia and the United States. Therefore, we face more of a political problem than a legal one. For this reason, the timing for the creation of a regulatory framework for cyberspace will be dictated by future changes in State interests. This will be likely to happen in response to aggregate advances in global technical capacities that will make most States potential targets for cyber operations. Worse yet, the impetus for reform may only come as a consequence of a particularly catastrophic or debilitating cyber-attack. Indeed, this is the tragic dynamic that led to the creation of the first Tallinn Manual, which was drafted in response to the crippling Russian-sponsored cyber-attack on Estonia. What is certain is that if States wish to avoid an increase in progressively more harmful cyber operations, they must commit to cyberspace regulation and compliance with international law.

[129] JENSEN (n. 24) 266.
[130] Ibid. 32-33.
[131] SCHMITT (n. 25) 20.
[132] N. MATZ-LÜCK, *Framework Agreements*, in R. WOLFRUM, (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP 2011) ¶1.
[133] STOCKBURGER (n. 104) 26.

What is unknown is whether this will to act will manifest itself within the international community in the foreseeable future. Until then, we shall just have to wait and see.

"Civiltà dell'incontro"
migranti afghani e Terre di confine[1]

"Civilization of the Encounter"
Afghan Migrants and Border Lands

Umberto Montuoro

Sommario: 1. Premessa: fondamentali di geopolitica. – 2. La base legale di diritto internazionale convenzionale. – 3. La "Civiltà dell'incontro". – 4. Conclusioni. *"History stands still"*.

1. Premessa: fondamentali di geopolitica

«The name Afghanistan, as applied to the region thus defined, is not commonly known, or so used, by the people of the country itself, either in whole or in a part.

It is the name given to the whole region in a general way by its neighbours and by foreigners […][2]».

La promozione della conoscenza e della ardua comprensione del complesso mosaico afghano, con le sue innumerevoli impostazioni tribali era un importantissimo presupposto, preventivo ad ogni attività di rilievo durante la presenza coloniale britannica. Le diffuse attitudini guerriere esistenti tra le numerose etnie, disperse su un territorio impervio e difficilmente controllabile dalle autorità centrali, costituiva motivo di grande preoccupazione. In tal senso, vi era un fiorire di istituzione specializzate negli studi antropologici e geopolitici attinenti a quelle regioni, celebrati con enfasi e rilievo protocollare nella capitale dell'Impero in ricorrenti *International Congress of Orientalist*[3]*.*

In una prospettiva diametralmente opposta, tuttavia, furono i politici ed i diplomatici inglesi a decretare le insanate e perduranti fratture nelle "nazionalità" stanziate nell'intera immensa area di snodo tra la grande Mesopotamia e il subcontinente indiano.

Fin dall'antichità classica, storici greci e romani, come ad esempio, Strabone e Plinio, avevano identificato in quei territori una cospicua pluralità di popoli ed etnie, la cui orgogliosamente sentita appartenenza e suddivisione tribale ed in clan, è giunta nella sua intensa vitalità ai giorni nostri. Lo stanziamento e la comunanza di tradizioni, eventi sociali e religiosi della maggioranza di tali genti, a volte nomadi, sono rimasti inalterati nei secoli se non nei millenni anche nella loro distribuzione nei luoghi, indipendentemente dalle strategie degli occupanti, da Alessandro Magno all'Esercito sovietico.

---

[1] U. MONTUORO, *Civiltà dell'incontro migranti afghani e Terre di confine*, in *Compendio del Dipartimento di analisi, studi e monitoraggio dei fenomeni criminali e mafiosi. Liberare Maria dalle mafie,* (a cura di) F. IADELUCA, P. CANCELLI, P. G.M. ROGGIO, P. S. CECCHIN, *Città del Vaticano*, *Edizioni della Pontificia Academia Mariana Internationalis*, Città del Vaticano, 2021, Vol. XXII, Parte IV, Approfondimenti, pp. 91-96.

[2] H.W. BELLEW, *An Inquiry into the Etnography of Afghanistan*, Oriental University Institute, Woking, 1891, Londra. L'autore, un Generale dell'Esercito britannico di stanza nella regione del Bengala, trasfuse la sua lunga esperienza acquisita e maturata sul campo in puntuale analisi antropologica. Tali studi di taglio pragmatico, sostenuti dalla precisa cifra e dal rigore scientifici, assicurati nella loro coerenza da un fervente ambiente universitario, sinergico ed interessato, erano utilizzati ampiamente dai quadri dirigenti della ciclopica pubblica amministrazione del *British Empire*. Queste accurate analisi venivano appositamente commissionate ed impiegate quali preziosi materiali di valore accademico ed istituzionale, ascrivibili ad un *intelligence* articolato e raffinato, presente nella e per la società civile, dunque, dedicato alle numerose e ben diverse colonie dell'Impero*.,* da U. MONTUORO, *L'alta formazione italiana negli scenari di crisi identitaria (modelli di mediazione culturale),* in Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale, n. 64, gennaio-aprile 2020, p. 176 e ss..

[3] Supra, U.M., op.cit..

In tal senso, il disegno dei confini territoriali, compiuto a tavolino anche dagli stessi rappresentanti del *British Empire*, per fronteggiare le sfere di influenza della Russia zarista, aveva tranciato di netto e diviso, in modo figurativo, dunque, sulle sole carte geografiche, l'unitarietà di lingua, tradizioni e identità culturali di numerose popolazioni e degli articolati aggregati sociali, costretti a mantenere i loro saldissimi vincoli familiari e di clan attraverso frontiere, percepite come estranee ed astratte.

In questa prospettiva, l'appartenenza etnica allo stesso ceppo legava in modo transfrontaliero, l'agire quotidiano di *leaders* politici, quadri dirigenti e direttivi di Stati diversi ma presenti nella stessa regione.

Il quadro composito delle maggiori etnie è composto prevalentemente da: pashtun, tagiki, hazara, uzbechi, aimak, turkmeni, baluchi, ed, inoltre, tra le altre minori, una delle più diffuse è quella dei nomadi kuchi, questi ultimi usi a valicare ogni barriera fisica o politica. In relazione ad un censimento, non portato a termine, realizzato nel 1979, si stima una ripartizione ipotetica che vede la maggioranza degli abitanti nel nord est costituita da tagiki, nel centro nord da tagiki, hazara e uzbechi, mentre nel sud e nell'est da pashtun.

L'atavica conflittualità armata tra le comunità ha amplificato la vicinanza sociale di alcune di esse alle omogenee comunità etniche esistenti oltre i confini statali, accomunate da dialetti transnazionali, considerati come aventi rango di lingue storiche. A mero titolo esemplificativo, appare eloquente citare l'approssimazione del tracciamento della linea Durand, operato da mano britannica nel 1893, che tuttora demarca i 2.640 chilometri di confine tra Afghanistan e l'attuale Pakistan.

Le lingue principali il pashto e il dari sono di origine iranica, come i gruppi etnici pashtun e tagiki che le utilizzano. Un dato significativo è che questi idiomi sono molto differenti tra loro e non risultano essere reciprocamente comprensibili. Tuttavia, entrambi sono considerati lingue ufficiali, anche se è il dari ad essere in uso da oltre la metà degli abitanti. Il pashto è, invece, prevalentemente utilizzato dai pashtun nelle zone da essi abitate nonché in ampie porzioni del territorio del vicino Pakistan.

In sintesi, il congelamento forzoso delle frontiere, già tracciate arbitrariamente in precedenza nell'intera area, operato dalla lunga era dell'Unione Sovietica e dei rigidi ordinamenti socialisti ha traghettato pressoché immutati la prevalenza di tali assetti di artefatta geografia politica.

La fisionomia compositiva della regione non è cambiata neanche con il distacco delle ex Repubbliche sovietiche dalla odierna Federazione russa e la radicale mutazione dei loro regimi interni, dei connessi processi economici e del risorgere di una forte spiritualità religiosa ed identitaria.

Tuttavia, la chiave di volta dell'odierno profondo mutamento è rappresentata dalla recente impostazione impressa in questi ultimi anni alla relazionalità internazionale dagli Stati appartenenti a questo scacchiere di snodo ed, in particolare, dal nuovo quadro delle alleanze politiche, commerciali, finanziarie e militari.

La sicurezza internazionale di questi Stati, rinvigoriti dalla autonomia riconquistata da Mosca, ha riacquisito antiche dinamiche ed è ora declinata in forte sinergia con l'attuale direzione della politica estera della Repubblica di Turchia, in questo ultimo decennio fortemente aggressiva ed innervata a riconquistare originarie zone di controllo[4].

[4] Interessanti annotazioni *in nuce,* in merito alle future strategie, sono già illustrate da U. H. BAYULKEN, *Turkey's geopolitican interest in the Black Sea and Central Asia, in Insight Turkey, A changing Turkey: economic, society and regional security cooperation*, Vol.2, n. 2, p. 77, aprile-giugno 2000, Istanbul; infine, la percezione diretta acquisita dalle sensibilità istituzionali e dalla prevalente dottrina geopolitica del Pakistan, riguardo alla ormai risalente svolta politica turca, è fissata emblematicamente in *Global Affairs: Recep Tayyip Erdogan: Turkey's new Sultan*, Vol.4, n.5, maggio 2017, Islamabad.

Si rinsaldano progressivamente dimenticati legami transnazionali, risalenti all'età d'oro e di massima espansione dell'impero ottomano, formula costituente, per numerosi decenni se non per secoli, un modello di riferimento di civiltà organizzativa, di rispetto delle minoranze religiose, dominante dalle lontane sponde del Mediterraneo alle terre degli odierni Tagikistan e Pakistan.

2. La base legale di diritto internazionale convenzionale

La tutela giuridica delle identità e dei diritti culturali individuali e di gruppo, con la conseguente possibilità di scelta di quale sia Stato ospitante maggiormente idoneo ad accogliere i flussi dei migranti dal neocostituito Emirato islamico dell'Afghanistan, potrà rappresentare in futuro una rilevante leva di negoziazione ed acquisizione di aiuti finanziari e consenso nell'ambito della comunità internazionale.

Infatti, in questi ultimi tre decenni, si è fortemente consolidato il sistema di norme internazionali di rango convenzionale universale e regionale posto a garanzia del rispetto della diversità culturale e religiosa.

In particolare, le disposizioni dai contenuti generali nate nel seno delle Nazioni Unite, in testi lungamente negoziati nelle apposite Commissioni, hanno ricevuto maggiore definizione nella loro latitudine applicativa ed interpretativa soprattutto in sede europea, ed, italiana[5].

La stessa categoria del "patrimonio culturale" è intesa nella sua dimensione umana sostanziandosi in ciò che è rilevante per gli individui e le singole comunità in quanto contribuisce a formare la loro identità. Ad esempio: «l'eredità culturale è un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione. Essa comprende tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato del l'interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi[6]»; «Al fine di rendere sostenibile l'eredità culturale, le Parti [della Convenzione] si impegnano a: a. promuovere il rispetto per l'integrità dell'eredità culturale, assicurando che le decisioni riguardo alle modifiche siano basate sulla comprensione dei valori culturali ad essa connessi[7]».

Emerge, dunque, la prospettiva garantista di prevedere, anche sul piano del diritto umanitario, la libertà del singolo e dei gruppi di mantenere, seppure nelle parti compatibili con il rispetto dei diritti fondamentali, i propri valori e costumi sociali, morali e religiosi e di conservare e custodire le proprie tradizioni risalenti, a partire, dall'uso stesso della lingua e dei dialetti locali, quali forme importanti del proprio essere quotidiano.

Scenario di azione sostenuto da parte dell'Europa, nelle previsioni normative di carattere sia sostanziale che, soprattutto, programmatico, da obblighi dinamici di *facere* e di protezione umanitaria nella cooperazione internazionale.

L'allontanamento dalle proprie terre di origine e il sostanziale annullamento delle proprie abitudini culturali per un modello di vita completamente occidentale, in Europa o negli Stati Uniti, possono essere sostituiti da un più agevole transito negli Stati confinanti, caratterizzati da profili culturali omogenei, simili ma orientati al rispetto dei diritti della persona universalmente riconosciuti dalla comunità internazionale.

Diritti umani cosiddetti di "terza generazione" fondati sul principio generale di solidarietà, e configurati in diritti collettivi o di gruppo, a differenza dei diritti civili e politici, di "prima generazione o dei diritti economici e sociali, "di seconda generazione" di carattere

[5] Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, del 20 ottobre 2005, firmata a Parigi; legge di ratifica italiana n. 19, del 19 febbraio 2007; Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, firmata a Parigi il 17 ottobre 2003; legge di ratifica italiana n. 167, del 27 settembre 2007.

[6] Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, 25 ottobre 2005, FARO, art. 2, lettera a..

[7] *Ibidem*, art. 9, lettera a..

eminentemente individuale. Lo stesso ampio spettro dei diritti culturali, dalla libertà di pensiero, di opinione, al diritto allo studio e all'educazione, alla produzione artistica, è connesso al principio generale della tutela delle identità culturali.

"Convinti che le violazioni dei diritti culturali provochino tensioni e conflitti di identità, che siano alcune delle cause principali della violenza, delle guerre e del terrorismo[8]".

Infine, lo stesso Preambolo dell'Atto Costitutivo dell'UNESCO, formato a Londra nel lontano 1945, enuncia solennemente che «la pace deve essere stabilita sulla base della solidarietà intellettuale e morale dell'umanità».

3. La "Civiltà dell'incontro"

La Dichiarazione di intenti, "*Documento sulla fratellanza umana per la pace mondiale e la convivenza comune*", firmato ad Abu Dhabi, il 4 febbraio 2019, da Papa Francesco e dall'Immam Ahmad al-Tayyeb, segna una svolta epocale sul piano della cooperazione internazionale, anche, in materia di accoglienza e gestione dei flussi di migranti, di fede cristiana come islamica, e, di ogni altro credo.

La prospettiva ecumenica di tale atto di natura eminentemente programmatica è ad ampio spettro ed abbraccia un insieme composito di piani di azione, di breve, medio e lungo periodo, in particolare, con gli Stati di diritto islamico.

Il tema dei rifugiati e dei migranti rientra in tutte e tre le modalità temporali di attività.

La categoria concettuale della "fratellanza", non trova la sua matrice culturale esclusiva nel movimento illuministico bensì nelle radici più profonde del pensiero cristiano, dalle prime origini alla rivisitazione di San Francesco d'Assisi, ai giorni nostri. Categoria declinata concretamente, sul piano internazionale, attraverso l'opera delle infinite missioni umanitarie cattoliche, di ogni ordine religioso, sparse per il mondo, da secoli e continuamente rinnovate.

Una delle possibili funzioni principe dell'articolato è rappresentato dalla sua capacità di fungere da chiave interpretativa d'ordine generale, per gli atti di diritto internazionale adottati dagli Stati, i cui ordinamenti giuridici sono fondati sulla fede coranica. L'atto intende costituire "una dichiarazione comune di buone e leali volontà[9]" volta a superare la diversità religiosa ed a costituire un solenne riferimento d'ordine generale, utilizzabile, ad esempio, nei preamboli degli specifici atti da stipulare.

Un tratto distintivo di assoluto rilievo è il carattere universale della Dichiarazione, non circoscritto al rapporto tra popolazioni di fede cristiana o islamica. Il valore di ponte culturale e dialogico dell'atto è centrale nella redazione del suo intero articolato[10].

«*[…] La cattolicità di queste terre d'Arabia è multilingue, multiculturale e multicolore, cresciuta in maniera non organizzata, a partire da interessi concreti che hanno spinto tanti a lasciare le proprie terre d'origine per trovare un lavoro. […] Questa cattolicità multietnica, migrante e variegata nelle differenze, costituisce già un messaggio forte alla cattolicità nel momento in cui le tentazioni identitarie e sovraniste si diffondono nel mondo occidentale […]*[11]».

---

[8] Dichiarazione di Friburgo, del 7 maggio 2007, Preambolo. Tale documento di valore accademico, non costituisce uno strumento di diritto internazionale, essendo stato sottoscritto da soggetti privati ed organizzazioni non governative, ma rappresenta un singolare atto di *soft law*, recettivo di un orientamento di tendenza, prevalente nella dottrina giuridica di settore e un criterio interpretativo per gli operatori del diritto. *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, gennaio 2011.

[9] F. KORNER S.I., *Fratellanza umana, Una riflessione sul Documento di Abu Dhabi*, in La Civiltà Cattolica, p. 321, 18 maggio/1 giugno 2019, Roma.

[10] A. SPADARO S.I., *Sentinelle di fraternità nella notte, Il viaggio apostolico di papa Francesco ad Abu Dhabi,* in La Civiltà Cattolica, p. 471, 2/16 marzo 2019, Roma.

[11] A. SPADARO S.I., *ibidem*, p. 476.

L'accoglienza nelle vicine terre di confine diviene, dunque, un ulteriore scenario di speranza e di più immediata integrazione dei soggetti deboli in fuga dal territorio circoscritto dai meri confini politici dell'odierno Afghanistan.

La comunanza di tradizioni civili o religiose, di appartenenza familiare, di clan o di nazionalità, di lingua o dialetto, di fonti di lavoro, spesso, transfrontaliero, rappresenta una potente leva di protezione umanitaria per i rifugiati in grave difficoltà contingente. Le soluzioni di accoglienza e di fratellanza non possono essere intese con esclusivo riferimento alla lontana Europa o al ben diverso orizzonte culturale descritto dagli Stati Uniti d'America.

L'impegno umanitario delle Agenzie specializzate delle Nazioni Unite, dell'Europa e la vigenza delle stesse norme di diritto universale devono trovare quanto più possibile ampia applicazione, anche attraverso la stipula di accordi internazionali, la predisposizione di specifiche misure ed il relativo sostegno finanziario, da finalizzare con gli Stati confinanti.

Garanzia della inviolabilità della dignità della persona da attuarsi, nell'immediato e senza tormentate lungaggini e sofferenze fisiche e psicologiche, indipendentemente dal credo religioso, islamico o cristiano.

L'accoglienza nei confronti dei soggetti deboli, bambini, donne ed anziani, deve trovare diretta soluzione, senza dover necessariamente attraversare continenti o percorrere, tra indicibili stenti e privazioni, migliaia di chilometri, con la concreta possibilità di perdere la vita durante l'infinito tragitto.

«*[…] Poi ha rivolto un forte appello ai cristiani che sono in Oriente: "Voi siete cittadini, non siete minoranza. Siete figli di questa terra"; come pure ai mussulmani che sono in Occidente: Inseritevi nelle società, inseritevi in modo positivo per tutelare la vostra identità religiosa, così come rispettate le leggi di queste società. Sappiate che la sicurezza della società è una responsabilità anche vostra […]*[12]».

4. Conclusioni. *"History stands still"*

«*L'Unione europea dialogherà con i paesi terzi, in particolare i paesi vicini e i paesi di transito, che ospitano un gran numero di migranti e rifugiati e rafforzerà il suo sostegno nei loro confronti allo scopo di potenziare le loro capacità di offrire protezione, condizioni di accoglienza dignitose e sicure e mezzi di sussistenza sostenibili ai rifugiati e alle comunità ospitanti.*

L'Unione europea collaborerà inoltre con tali paesi per prevenire la migrazione illegale dalla regione, rafforzare la capacità di gestione delle frontiere e prevenire il traffico di migranti e la tratta di esseri umani.

A questo scopo occorre utilizzare appieno i mandati delle agenzie della UE. In particolare, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo dovrebbe intensificare le sue operazioni esterne per lo sviluppo della capacità di asilo […][13]».

Questa decisa linea di azione intrapresa dall'Unione, apparentemente inedita nei suoi contorni contenutistici e nelle proposte misure applicative, in realtà, è una rinnovata declinazione di una impostazione procedurale, a suo tempo, espressa, già nei primi anni di intervento, persino, in sede universale.

«[…] The EU also encourages the development of regional cooperation through political dialogue, increased economic links and confidence-building measures between Afghanistan and its

[12] A. SPADARO S.I., *ibidem*, p. 470. Vedi anche l'interessante disamina dei profili di criticità relativi al complesso fenomeno migratorio in occidente, G. SALE S.I., *Migrazioni e Islam*, in La Civiltà Cattolica, p. 18 e ss., 6/20 aprile 2019, Roma.

[13] Dichiarazione sulla situazione in Afghanistan, punto 4, Consiglio dell'Unione europea, Segretariato generale del Consiglio, doc. n. 11385/21, del 31 agosto 2021.

neighbours. We call on Afghanistan and Pakistan to deepen relations and to cooperate closely to deal with insecurity in border areas […][14]».

« *[…] Afghanistan's neighbours also have a central role to play. Instability does not respect borders and poverty is infectious. High-level regional engagement and cooperation are critical to stemming the trafficking of narcotics, finding sustainable solutions to Afghan refugees issue, and addressing transnational terrorism, including the cross-border movement of insurgents. In this regard, we welcome the commitment of both Afghanistan and Pakistan to a meaningful and constructive cross-border dialogue […]*[15]*».*

La scelta del modello regionale intrapresa ad oggi con grande moderazione dalla politica estera italiana potrebbe rappresentare un ulteriore motore di influenza e di supporto nell'area riguardo alle dinamiche migratorie causate dalla recente crisi afghana e dal concreto fallimento delle strategie d'intervento umanitario poste in essere dall'occidente[16].

L'Europa, in un tale contesto geopolitico, saprà individuare e mantenere una posizione internazionale utile per evitare il ripetersi degli errori del passato e sostenere adeguate e reali politiche di mediazione culturale e di dialogo, in merito alla futura prossima gestione dei flussi di migranti provenienti dal multietnico scacchiere afghano?

[14] *Statement on behalf of the European Union*, H.E. Mrs. K. LINTONEN, *Ambassador Permanent Representive of Finland to the United Nations*, New York, 7 dicembre 2006, Consiglio di Sicurezza, *Debate on Afghanistan*, p. 2.

[15] *Statement by Ambassador J. MCNEE, Permanent Representive of Canada to the United Nations*, New York, 7 dicembre 2006, Consiglio di Sicurezza, *Debate on Afghanistan*, p. 2.

[16] Interessanti annotazioni in merito sono esposte in: M. FIELDS e R. AHMED, *A Review of the 2001 Bonn Conference and Application to the Road Ahead in Afghanistan, Institute for National Strategic Studies*, Washington, 2011*; WFP Afghanistan Annual Report 2005, United Nations, World Food Programme, WFP Country Office Afghanistan, Kabul, 2006; Afghanistan, La plus grande de toutes les opérations, Refugies*, UNHCR, Ginevra, 2003.

Riferimenti bibliografici

Nerina Boschiero, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del dritto internazionale privato europeo e dell'agenda delle nazioni unite 2030*. Torino, *G. Giappichelli*, 2021

Non c'è internazionalista che, chiamato a riflettere sulla categoria giuridica "schiavitù" e le nuove forme che essa ha assunto per effetto dei mutamenti storici, del contesto socio-culturale ed economico, intervenuti a cavallo degli ultimi decenni del secolo scorso e l'inizio del terzo millennio, possa affrontare l'argomento senza sentirsi sopraffatto da un indicibile sentimento di frustrazione a fronte della persistente "inadeguatezza" del diritto a contrastare un fenomeno qualificabile, senza alcun dubbio, come la "massima violazione" possibile dei più fondamentali diritti umani.

La schiavitù, intesa come la più aberrante forma di privazione della libertà degli esseri umani, non è affatto finita con l'abolizione giuridica nel 19° secolo delle sue forme tradizionali (la c.d. *chattel slavery*, la tratta transatlantica); ha solo cambiato forma e continua ad affliggere un numero impressionante di esseri umani in ogni paese del mondo.

Esistita sin dai tempi più antichi, questa violazione è stata presa in considerazione, e condannata per la prima volta, con riguardo alla forma più antica di rilevanza internazionale ossia la tratta degli schiavi, nella Dichiarazione del 1815. Il movimento abolizionista, che prese vita nel 18° secolo come movimento di opinione internazionale, nato dalla rivoluzione francese e dal credo dei fedeli evangelici inglesi e nordamericani, si connotò per lo sforzo di fermare la tratta transatlantica di schiavi verso le nuove colonie europee in nord America, per altro largamente favorita – come ormai stabilito dalla storiografia moderna – dalla complicità dei potentati africani. A livello internazionale seguirono, a partire dal 19° secolo, un importante numero di accordi, tanto bilaterali quando multilaterali, contenti specifiche previsioni relative alla proibizione di tali pratiche sia in tempo di guerra che di pace. Si stima che tra il 1815 e il 1957 del secolo scorso siano stati conclusi circa 300 accordi internazionali aventi ad oggetto la soppressione della schiavitù, nessuno dei quali – per altro – pienamente "effettivo".

L'organizzazione internazionale predecessore delle Nazioni Unite, la Società delle Nazioni Unite, si focalizzò particolarmente sull'eliminazione di ogni forma di schiavitù, e pratiche correlate, sviluppate durante e a seguito della prima guerra mondiale. La prima convenzione ad essere firmata sotto la sua egida è la *Slavery Convention* del 1926. Considerare che questa vecchia convenzione tuttora in vigore, riguardi unicamente la proibizione della sola "tratta" e non già la "schiavitù" di per sé stessa, ha (a nostro avviso) poco senso logico e giuridico. *In primis*, non ci può essere "tratta di schiavi" se non ci sono "schiavi". In secondo luogo, interpretare quelle vecchie norme come unicamente volte a vietare il commercio e lo sfruttamento di esseri umani ridotti in schiavitù *in luoghi diversi* da quelli in cui tali esseri umani erano (e sono tuttora) ridotti in questo stato, tradisce il senso stesso della normativa convenzionale in questione.

Vale forse la pena di citare, a questo proposito, un passo esemplificativo del Preambolo di tale testo in cui i firmatari espressamente si richiamano al Rapporto della Commissione temporanea della schiavitù, nominata dal Consiglio della Società delle Nazioni il 12 giugno 1924, oltre che alla loro ferma intenzione di porre fine al traffico degli schiavi in Africa: "Considerando che i firmatari della convenzione di Saint-Germain-en-Laye del 1919, che ha per oggetto la revisione dell'atto generale di Berlino del 1885, e dell'atto generale della dichiarazione di Bruxelles del 1890, *hanno affermato la loro intenzione di attuare la soppressione completa della schiavitù, sotto ogni forma, e della tratta degli schiavi per terra e per mare*; animati dal desiderio di completare l'opera attuata grazie all'atto di Bruxelles e di trovare il modo di dar effetto pratico, nel mondo intero, alle intenzioni espresse, in quanto concerne la tratta degli schiavi e la schiavitù, dai firmatari della convenzione di Saint-Germain-en-Laye, e riconoscendo che è necessario concludere a questo scopo degli accordi più particolareggiati di quelli che figurano in tale convenzione; reputando, inoltre, che sia necessario

d'impedire che il lavoro forzato conduca a condizioni analoghe a quelle della schiavitù … *hanno risolto di conchiudere una convenzione ed hanno a ciò designato i loro plenipotenziari*" (corsivi aggiunti). Inoltre, ai sensi dell'art. 2, lett. b) del trattato in questione, le Alte parti contraenti si sono espressamente impegnate "di attuare la soppressione completa della schiavitù sotto tutte le sue forme, in modo progressivo ed al più presto possibile".

Al termine della seconda guerra mondiale, l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha continuato il lavoro dell'ente predecessore, istituendo nel 1975 un apposito *Working Group on Contemporary Forms of Slavery* all'interno della *United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights*, il precedente organo sussidiario della *Commission on Human Rights* creata nel 1947, il cui mandato, meccanismo, funzione e responsabilità sono state successivamente trasferite nel 2006 dall'*Human Rights Council*. Questo specifico *Working Group*, cui è stato affidato il compito di preparare rapporti comprensivi su tutti i trattati internazionali e il diritto internazionale consuetudinario relativo alle forme tradizionali e contemporanee di schiavitù e pratiche correlate, non esiste più dal 2006: il suo successore dal 2007, a due secoli di distanza dalla abolizione della tratta transatlantica degli schiavi, ha uno specifico "mandato" sulle "contemporanee forme di schiavitù, le sue cause e le sue conseguenze", affidato ad un apposito *Special Rapporteur*, nominato dall'*Human Rights Council*.

Questo specifico "mandato" si affianca e coopera con tutti gli altri meccanismi sui diritti umani specificamente creati in sede ONU per coprire e combattere ed eradicare una volta per tutte ogni contemporanea forma di schiavitù e pratiche correlate: in particolare con gli specifici *Rapporteurs* sulle varie componenti attuali di questo crimine, quali il traffico delle persone, specialmente delle donne e dei bambini; la vendita dei bambini, la prostituzione minorile e la pornografia minorile; le contemporanee forme di razzismo, discriminazione razziale, xenofobia e collegate intolleranze; la violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze; i diritti umani dei migranti. Un collegamento è previsto anche con il rappresentante speciale del Segretario Generale sui bambini nei conflitti armati e con il *Board of Trustees for the United Nations Voluntary Fund on Contemporary Forms of Slavery*. Come tutti questi altri *Special Rapporteurs*, anche quello sulle contemporanee forme di schiavitù deve sottoporre all'*Human Rights Council* rapporti annuali sulle attività del proprio mandato, unitamente a raccomandazioni sulle misure da adottare per combattere ed eradicare queste gravissime violazioni dei diritti umani e proteggere le vittime.

Per il diritto internazionale contemporaneo, la schiavitù è illegale, in ogni luogo e in ogni tempo. Della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, sancisce al suo art. 4 «*No one shall be held in slavery and servitude; slavery and slave trade shall be prohibited in all their forms*». Questo obbligo internazionale risulta oggi codificato in una molteplicità di trattati internazionali (dai quali ha derivato il suo carattere consuetudinario) quali i più importanti strumenti internazionali a protezione dei diritti umani: oltre alla Dichiarazione Universale, anche nei due Patti delle Nazioni Unite relativi, rispettivamente ai "diritti economici, sociali e culturali" (artt. 5, 6, 7 e 8), e ai "diritti civili e politici" (art. 8); nel primo e nel secondo Protocollo addizionale al Patto sui diritti civili e politici; nello Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale (art. 7.2 (c)); nelle principali convenzioni dell'ILO, quali la Convenzione sul lavoro forzato del 1930, (n. 29) e nella Convenzione del 1957 sull'abolizione del lavoro forzato (n. 105); nella Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale adottata nel 2001 e nel suo Protocollo addizionale sulla prevenzione, soppressione e punizione del traffico delle persone, specialmente donne e bambini che criminalizza il traffico delle persone «*for the purpose of exploitation*» incluso, «*at a minimum, the exploitation of the prostitution of others, or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs*»; nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 4 (2)); nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (art. 6) e nella Carta africana dei diritti dell'uomo (art. 5).

L'immensa mole di rapporti, di risoluzioni adottate dalle principali organizzazioni internazionali, le numerose decisioni di tribunali internazionali e nazionali, il numero impressionante

di trattati internazionali in materia, ha prodotto il risultato dell'accettazione di un principio generale, ormai assodato nell'ordinamento internazionale, per il quale la proibizione della schiavitù e delle pratiche ad essa correlate «*have achieved the level of customary international law and have attained 'jus cogens' status*». Con tale status si qualifica un diritto "superiore" rispetto alla "normale" sfera normativa dell'ordinamento internazionale e quindi, come tale, non derogabile dal consenso delle parti mediante trattati, nemmeno in situazioni di emergenza.

In aggiunta, la Corte internazionale di giustizia, in una celebre sentenza resa più di 50 anni fa, ha identificato il divieto di schiavitù come uno degli esempi di obblighi "*erga omnes arising out of human rights law*", come tali "*owned by a State to the international community as a whole*". Il carattere "collettivo" dell'interesse tutelato da questa particolare categoria di obblighi ne esprime una caratteristica propria, che li avvicina molto a quella del "diritto cogente", e che è specifica proprio delle norme a tutela dei diritti umani: tali obblighi, infatti, non sono stabiliti nei confronti degli Stati nazionali degli individui, bensì nei confronti dell'intera comunità internazionale, o a favore della comunità degli Stati parti del trattato internazionale in questione (obblighi *erga omnes partes*). Ne consegue che, per definizione, essi non hanno una natura reciproca, e che la loro osservanza può essere esigita dall'intera comunità internazionale in quanto ledono interessi di natura collettiva.

Infine, a seguito dell'imponente sviluppo del diritto internazionale penale, seguito dell'istituzione del Tribunale di Norimberga che ha codificato tre categorie di crimini internazionali (crimini contro la pace, quale l'aggressione; crimini contro l'umanità, tra cui il genocidio; e crimini di guerra), la pratica della schiavitù e delle sue forme contemporanee, è universalmente riconosciuta come un crimine contro l'umanità. Questa qualifica zione è stata confermata dagli Statuti dei Tribunali speciali costituiti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (rispettivamente, nel 1993 e nel 1994) per la ex Iugoslavia e per il Ruanda nonché dallo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale. Tra i crimini internazionali contro l'inumanità, lo Statuto della Corte comprende, accanto alle fattispecie classiche (come la riduzione in schiavitù) anche "nuove" fattispecie (come, ad esempio lo stupro, la prostituzione forzata e altre forme di violenza sessuale) 23. In aggiunta, la schiavitù assieme alle pratiche ad essa correlate e al lavoro forzato, può essere qualificata anche come crimine di guerra laddove commessa da belligeranti nei confronti di nazionali di altri belligeranti, o un comune crimine internazionale se commessa da pubblici ufficiali o persone private nei confronti di qualunque essere umano, comportando come vedremo forme "aggravate di responsabilità" a carico degli Stati in aggiunta alla responsabilità penale individuale.

Tutto ciò indica che il diritto internazionale ha sviluppato e applicato nel corso dei due ultimi secoli tutto il suo "armamentario" più potente, censurando queste violazioni gravi mediante le sue categorie più innovative e importanti, figlie dei processi evolutivi che hanno caratterizzato l'ordina mento internazionale contemporaneo, rispetto a quello "classico" (improntato all'esigenza di assicurare principalmente la coesistenza fra Potenze), mediante l'emergere e il consolidamento di valori ed interessi fondamentali per la comunità internazionale nel suo insieme. Tra queste, anche la maturata consapevolezza della necessità di un approccio comune volto alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e dei popoli, e la consapevolezza che i diritti umani hanno contribuito a riposizionare l'uomo al centro del "*conceptual universe of the law of nations* (*droit des gens*). Non a caso la schiavitù è stata la prima pratica a sollevare problemi legati ai diritti umani fondamentali a livello planetario. Pratica che, nonostante tutti gli sforzi del diritto, continua ancora oggi a persistere, seppur in forme diverse, come grave e fondamentale problema dell'intera c.d. civiltà contemporanea. Occorre, quindi, interrogarsi sul fallimento del diritto (internazionale ed interno) come strumento efficace per la sua funzione normativa e come strumento "effettivo" per la tutela concreta di interessi collettivi dell'ordinamento internazionale. Un diritto enunciato sulla carta, ma in concreto non esercitabile a livello individuale, resta una pura e estratta forma di esercizio normativo retorico. Occorre individuare i "*gaps*" ancora esistenti nella repressione di queste violazioni gravissime di diritti umani fondamentali, persistentemente diffuse in tutte le aree del globo e riflettere sulle loro radici, sulle ragioni che ancora oggi rendono tale diritto pressoché

illusorio per milioni di persone, ed interrogarsi sulle responsabilità e i rimedi giuridici che più efficacemente possono essere implementati per fermare e debellare una volta per tutte una pratica antica quanto il mondo.

Andrea R. Castaldo, Marco Naddeo, *La riforma dell'abuso d'ufficio*. Torino, *G. Giappichelli*, 2021

I termini della questione sono noti. L'art. 23, comma 1, d.l. n. 76/2020, convertito con legge n. 120/2020, ha modificato profondamente l'art. 323 c.p. La riforma è passata senza particolari intoppi, grazie anche al suo inserimento in un contesto di misure urgenti, legate all'attuale emergenza epidemiologica. Lo stesso non può dirsi per il "dopo", dal momento che si è assistito a una serie di interventi e commenti per lo più critici e alle prime decisioni giurisprudenziali, che hanno cercato di definire (*rectius*, ridefinire) i contorni e gli spazi applicativi.

Sintetizzando e semplificando, la maggior parte degli autori ha ritenuto trattarsi di una riforma "incompleta". L'incompletezza è espressione di insoddisfazione e tradisce un implicito dissenso. Per quale ragione? O, in altre parole, il Legislatore avrebbe dovuto fare *di più o di meno*?

Per rispondere occorre toccare tre punti, riassumibili in:

1. il perché della riforma;
2. il significato della riforma;
3. il "vizio antico".

1. Il perché della riforma

Le ragioni ispiratrici della riforma sono evidenti: ricostruire una fiducia lacerata nei confronti dell'agente pubblico e creare maggiore serenità nel suo lavoro per recuperare l'efficienza amministrativa.

La dizione precedente dell'art. 323 c.p. era generica, non rispondente al canone di tassatività imposto dal principio di legalità costituzionalmente tutelato, per come elaborato nella teoria generale del reato. Aveva prodotto, di converso, l'abusato fenomeno della "amministrazione difensiva", la "fuga dal potere di firma" per il timore dell'instaurazione di un procedimento penale.

Nell'ambito del progetto FSE POR Campania 2014-2020 "Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le *performance*", che ha visto la partecipazione di sette Università della Campania e capofila l'Università degli Studi di Salerno – Dipartimento di Scienze Giuridiche, Cattedra di Diritto Penale, è stato distribuito un questionario anonimo a 780 funzionari della Regione Campania per testare dal vivo se effettivamente il reato di abuso d'ufficio rappresentasse un ostacolo nell'attività lavorativa quotidiana. Ebbene, l'analisi statistica ha confermato come tale fenomeno negativo non equivaleva a un pregiudizio o a uno stereotipo, ma purtroppo era una amara realtà.

Esito: il 76% dei pubblici dipendenti si "rifugiava" nell'amministrazione difensiva per l'incombente timore della sottoposizione a un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 323 c.p.

Prima conferma, dunque: la "paura della firma" non è uno *slogan* fondato su *bias*, ma la pungente manifestazione del *flop* giustizialista.

Non solo. La presunta utilità della repressione affidata all'art. 323 c.p. si scontra con il fallimento degli esiti dei procedimenti penali incardinati per tale reato: le statistiche raccontano infatti una verità allarmante. Nel periodo 2012- 2017, a fronte di circa 38.000 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, si sono avute solo 316 condanne con sentenza irrevocabile. La montagna che partorisce il topolino.

2. Il significato della riforma

"Si poteva fare di più": un *refrain* abbastanza scontato, che muove molto spesso da prese di posizione acritiche e antagoniste per natura. Accontentiamoci di una tappa significativa, allontanandosi dal sistema binario della semiologia strutturalista, dove adiuvanti ed opponenti sono rette parallele. Keyword della riforma, infatti, la "punibilità per sottrazione". La nuova disposizione fa riferimento alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge. I regolamenti "sono fuori". La restrizione dell'area del penalmente rilevante si era resa indispensabile anche a fronte di orientamenti giurisprudenziali tesi ad allargare con sistematica monotonia le maglie della punibilità attraverso la "teoria della norma interposta", o ricomprendendo nel fatto tipico la violazione dell'art. 97 Cost. Ancora, «dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Il messaggio veicolato dal Legislatore è estremamente nitido: il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio potranno agire "autonomamente" se titolari di un potere discrezionale e comunque quando la fonte della loro attività derivi da regolamenti. Né si tratta di una sorta di depenalizzazione mascherata, come pure si è cercato di far passare, accreditando l'idea che il decisore pubblico sarà consequenzialmente *legibus solutus*, dal momento che – a parte i reati-satellite che restano in vigore per le condotte di *malpractice* – residuano la responsabilità amministrativa, contabile, disciplinare. Un formidabile *mix* di misure preventive e repressive.

E non è tutto. Non è stata intaccata dalla riforma la violazione del dovere di astensione, che – correttamente – sanziona il favoritismo come espressione di sperequazione. È il principio di imparzialità che si cala nella realtà fenomenica, quando, a fronte di un conflitto di interessi, il pubblico dipendente ha l'obbligo di *non* agire.

3. Il vizio antico

You can't teach an old dog new tricks: le prime applicazioni giurisprudenziali appaiono "timide", tese a re-interpretare e costruire rinnovati spazi di tipicità, in qualche modo comprimendo la chiara intenzione della riforma di "voltare pagina" e frenare interpretazioni estensive *in limine analogiae*.

Il "vizio antico", mai sopito, che riprende vigore. Allora, la *mutatio libelli* nei procedimenti in corso ben si presta a non lasciare presunti vuoti di tutela, individuando così reati "sentinella", facili da contestare (ad esempio, il falso in atto pubblico, il reviviscente peculato per distrazione, l'omissione di atti d'ufficio). Si recuperano spazi di punibilità che escono dalla porta dell'abuso d'ufficio ed entrano strumentalmente dalla finestra.

Il cambio di rotta, di cui il Legislatore ha avvertito l'esigenza, non potrà mai concretizzarsi del tutto se non passerà per un cambio culturale, sopprimendo la "cultura del sospetto": il pubblico amministratore non è, per definizione, un "soggetto a rischio" o *borderline*.

È la *forma mentis* che va sconfitta per restituire dignità di funzioni e di servizio al rappresentante delle istituzioni pubbliche e delle articolazioni dello Stato, nell'interesse della comunità. Più in generale, è indispensabile rallentare la corrente panpenalista e riconoscere al diritto penale la dignità di *extrema ratio*, utilizzando rimedi alternativi.

Le riflessioni che precedono vogliono essere una "guida alla lettura", una sorta di manualetto operativo e di istruzioni per maneggiare con cura la riforma dell'abuso d'ufficio. Ecco dunque che i vari contributi si snodano attraverso un percettibile collante, che tiene insieme la struttura complessiva del testo e fornisce linfa vitale all'opera di interpretazione e critica che ciascuno potrà (e dovrà) trarre.

In particolare, l'evoluzione legislativa abbastanza tormentata, riflessione con la quale si apre il testo, è indispensabile per avere una visione e una spiegazione del *pre* e del *post* della riforma. In tale ottica si spiegano le considerazioni inerenti al formante giurisprudenziale sia nel profilo

oggettivo che in quello soggettivo, fondamentali per comprendere appieno le deviazioni registrate nella prassi.

La riforma del 2020 costituisce il cuore pulsante dell'opera, alla quale viene dedicato ampio spazio, anche per quanto concerne ipotesi di abrogazione secca del reato *de iure condendo*, nonché attraverso il raffronto con l'ordinamento di *common law* inglese.

Gli ulteriori contributi si soffermano su un recupero di efficienza dell'amministrazione pubblica, in una dimensione a tutto tondo che richiama i provvedimenti cautelari.

Infine, l'approccio critico complessivo alla riforma dell'art. 323 c.p. deve passare necessariamente attraverso l'analisi dell'istituto del *whistleblowing*, una realtà che si affaccia timidamente nel nostro sistema di lotta alla *malpractice* della P.A. e che viene affrontato ex professo, verificando il dato statistico, nelle istruttive considerazioni finali.

Luparia L., Marafioti L., Paolozzi G., *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, *G. Giappichelli*, 2019

Prova giuridica e contesto tecnologico

1. Il presente volume costituisce un nuovo tassello del consolidato rapporto di collaborazione con la *Fundación Privada* intitolata al grande studioso spagnolo Manuel Serra Domínguez, uno dei maestri del diritto processuale europeo al quale, proprio in questi giorni, viene dedicato il libro "*El enjuiciamiento civil y penal, hoy*" che raccoglie le relazioni presentate al *IV Memorial* in suo onore.

Avendo preso parte all'evento, tenutosi a Barcellona nel 2018, e contribuito al relativo tomo collettaneo appena richiamato, posso dirmi una sorta di diretto testimone della attualità e della fecondità del pensiero dell'illustre autore nella dottrina continentale. A breve si celebrerà anche una ulteriore conferenza in ricordo di questa poliedrica personalità presso l'Università di Salamanca (*Derecho procesal. Retos y trasformación*, 11-12 novembre 2019).

2. Da questa cooperazione nasce il progetto di ricerca sui rapporti tra diritto probatorio e progresso scientifico che la Fondazione ha voluto finanziare allo scrivente e nel cui contesto è stato organizzato l'incontro di studi su "Dimensione tecnologica e prova penale" (Roma, 4 dicembre 2018), in larga parte incentrato sulle evidenze digitali che affollano le odierne aule di giustizia.

La giornata internazionale ha visto la partecipazione di ospiti stranieri e studiosi italiani di primaria importanza, oltre che di giovani ricercatori esperti del tema. Come già accaduto per un precedente volume della Collana, alle relazioni principali (di Vicente Pérez Daudì, Giovanni Paolozzi, Francesco Caprioli, Teresa Armenta Deu, Luca Marafioti e Marco Pittiruti) sono andate ad unirsi una serie di comunicazioni e di interventi che si è deciso di raccogliere nel corpo dell'Opera, così da poter offrire un quadro davvero completo delle numerose problematiche che accompagnano lo sviluppo della procedura penale ai tempi di internet e della vita digitale.

La peculiarità di questi inserti è di aver dischiuso suggestioni ermeneutiche, cariche di risvolti per l'ambito della giustizia penale, provenienti dall'universo del processo civile (Antonio Carratta, Giuseppe Ruffini), dalla elaborazione più prettamente filosofica (Gaetano Carlizzi) e dalla prospettiva penale sostanziale (Nicola Selvaggi).

Altrettanto pregevoli risultano poi gli scritti che si muovono direttamente sul terreno del rito criminale e che si misurano su aspetti che vanno dall'apprensione della *digital evidence* (Federico Cerqua, Andrea Buzzelli) al diritto di difesa (Pierpaolo Rivello), dal ruolo del giudice togato o popolare (Giulia Fiorelli, Giulio Garofalo) al sistema delle impugnazioni (Federica Centorame), fino a giungere all'orizzonte del processo telematico penale (Benedetta Galgani).

3. Sono trascorsi diversi anni da quando ho iniziato ad occuparmi dei rapporti tra informazioni digitali e accertamento penale: con una buona dose di immodestia, posso dunque affermare di aver osservato, attraverso saggi o curatele, l'intera parabola storica che, a partire dalle prime esperienze di valorizzazione dei *computer* quali fonti di prova , ci ha condotto verso una profonda mutazione di paradigma dei tradizionali mezzi investigativi, ad una rimodulazione delle dinamiche processuali, per poi disvelarci il ruolo centrale dei fornitori di servizi in rete e, infine, i pericoli di lesione tanto delle garanzie fondamentali quanto della tavola di valori della cognizione penale.

Nell'epoca del captatore informatico, dei diritti di nuova generazione, della pervasività integrale della tecnologia nel concreto nostro agire, dell'impiego di *blockchain* e intelligenza artificiale, della normazione europea in materia di *e-evidence*, viviamo oggi lo stadio della consapevolezza diffusa di molti degli argomenti affrontati nel presente volume, testimoniata dalla fioritura di un'ampia letteratura che fa da impressionante contraltare alla sporadicità di interventi dottrinali che si poteva ravvisare solo pochi anni orsono.

Occorre tuttavia un salto di qualità nell'affrontare il volto digitale della prova giuridica, un nuovo approccio specialistico, multidisciplinare e transnazionale che, anche con questa ricerca, si

vuole favorire. La scuola processuale di Roma Tre si sta impegnando su questo crinale da tempo e si propone quale punto di aggregazione per gli studiosi del settore e quale *hub* scientifico per il coordinamento di ulteriori indagini a livello europeo. Intanto, con i colleghi Luca Marafioti e Giovanni Paolozzi, ci auguriamo che la collezione di scritti preceduta da queste poche righe possa fornire un ulteriore arricchimento all'acceso dibattito sui molteplici effetti che tecnologia e scienza determinano sull'odierno modo di governare la prova dei fatti nel processo.

Antonio Marchesi, *La protezione internazionale dei diritti umani*. Torino, *G. Giappichelli*, 2021

Questo libro vuole essere innanzitutto uno strumento per l'insegnamento dei diritti umani in ambito universitario, destinato ai miei studenti e agli studenti dei colleghi che ne vorranno fare uso. Mi farebbe piacere che fosse anche, per quanto possibile, uno strumento utile per la formazione degli attuali e futuri attivisti per i diritti umani: di coloro che, ben consapevoli del fatto che non viviamo nel migliore dei mondi possibili, sono nondimeno convinti che si possa cambiarlo in meglio e disposti a dare il proprio contributo, piccolo o grande che sia, a tale ambiziosa impresa. Il volume si colloca nella scia di miei precedenti scritti sull'argomento e, in particolare, del libro intitolato "La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali", edito nel 2011 dalla casa editrice Franco Angeli. A quest'ultima va il mio personale ringraziamento per avere autorizzato la riproduzione di parti significative di quel libro, sia pure riviste e aggiornate. Le novità di questo volume, peraltro, non si limitano agli aggiornamenti necessari a dare conto degli sviluppi dell'ultimo decennio. Maggiore spazio, innanzitutto, è riservato al diritto internazionale sostanziale dei diritti umani: al significato attribuito a ciascun diritto e all'approfondimento degli obblighi in capo agli Stati che dal riconoscimento internazionale dei diritti umani discendono. Al tempo stesso, non ho voluto ridimensionare – pur facendo uno sforzo di semplificazione – la parte dedicata alle garanzie, essendo convinto dell'importanza che assumono le modalità, assai diverse fra loro, attraverso le quali ci si propone di rendere effettivo il godimento dei diritti umani e di colmare, almeno in parte, il divario fra teoria e prassi. Mi sono sforzato, inoltre, di dare della protezione internazionale dei diritti umani una lettura in chiave dinamica: di non limitarmi, in altre parole, alla descrizione – ed eventualmente alla valutazione critica – delle norme internazionali attualmente in esistenza. Da un lato, infatti, il sistema vigente è il risultato del lavoro, per molti versi straordinario, portato avanti negli scorsi decenni. Dall'altro, esso non rappresenta un punto di arrivo. Molto, moltissimo resta ancora da fare nel precisare il significato degli impegni assunti, riempire di contenuti specifici formule ancora troppo generiche e restringere quel margine di manovra che è lasciato alla libertà degli Stati (i quali spesso ne approfittano per aggirare le norme, facendo proprie interpretazioni indebitamente restrittive dei loro obblighi). Per fare ulteriori passi avanti lungo il "cammino" dei diritti umani ritengo che non si possa fare affidamento esclusivo sul sistema intergovernativo. E neppure è possibile basarsi soltanto su questo per garantire il rispetto delle norme in esistenza. Sia l'attuazione degli obblighi internazionali vigenti che lo sviluppo ulteriore del sistema di protezione dipendono, in parte significativa, dall'azione della società civile. Per questo mi sono proposto di valorizzare altresì, in questo volume, il contributo, nelle svariate forme che assume, di quel movimento internazionale per i diritti umani la cui struttura portante è oggi costituita da numerose organizzazioni non governative. La mia speranza, in definitiva, è che questo libro possa contribuire a una visione non retorica dei diritti umani, ad allontanare quella sensazione di *wishful thinking* – o di realtà parallela e non veritiera – che provano molti di coloro che si avvicinano per la prima volta al sistema di protezione internazionale. Per questo ho cercato di dare il senso del punto in cui siamo ora e delle prospettive per il futuro, delle battaglie in corso e delle relative strategie, e della posta in gioco – essendo cosciente del fatto che i diritti umani richiedono scelte politiche coraggiose, raramente "a costo zero", e che ogni risultato raggiunto lo è grazie all'impegno (e spesso, purtroppo, anche al sacrificio) di molti. Vorrei dire, infine, che questo lavoro è frutto sia della mia attività di ricerca e della mia esperienza di insegnamento che del mio lavoro pratico, di consulente e di attivista per i diritti umani. Nell'una e nell'altra veste ho potuto imparare da e confrontarmi con persone competenti, dedicate, appassionate al proprio lavoro e alla propria missione: maestri, colleghi, compagni di strada, amici. A tutte queste persone va il mio ringraziamento sincero. I difetti di questo libro sono da attribuire unicamente al sottoscritto. Come quelli che lo hanno preceduto, questo libro è dedicato a Luca, Tommaso e Caterina. Oltre che ai miei figli, vorrei dedicarlo anche ai

miei studenti, loro coetanei, affinché non rinuncino a pensare in grande e non mettano mai da parte i propri ideali e i propri obiettivi, imparando nondimeno ad apprezzare il valore del confronto, dei compromessi e della gradualità.

Elisabetta Mottese, *La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale*. Torino, *G. Giappichelli*, 2020

I beni culturali costituiscono una testimonianza preziosa, fragile ed insostituibile della storia e della identità dei diversi popoli del mondo, basi del patrimonio culturale locale e globale, strumenti per la creazione di una società più pacifica, giusta e coesa, beni comuni ammirati dalle generazioni presenti ma da proteggere anche e soprattutto a beneficio di quelle future.

Ecco perché detti beni dovrebbero essere preservati in tutte le circostanze e contro ogni possibile tipo di condotta che li possa danneggiare o distruggere, dove per danneggiamento e distruzione non dobbiamo semplicemente intendere il danno materiale al bene, ma anche quello che indirettamente si provoca quando esso sia stato eradicato dal luogo di origine e si sia, quindi, perso quel bagaglio di informazioni – storiche, sociali, archeologiche, culturali – che quel bene porta con sé (si pensi all'ipotesi dei beni archeologici illecitamente scavati e trafugati).

La consapevolezza della comunità internazionale circa l'importanza trasversale dei beni culturali e di una loro globale protezione si è accresciuta in maniera esponenziale dal secondo dopoguerra in poi ed ancor più nell'ultimo ventennio allorché si è assistito ad attacchi sempre più frequenti contro il patrimonio culturale sia in tempo di pace che di guerra, con conseguenze devastanti tanto sullo Stato che più direttamente subisce quell'attacco per il suo primario legame al bene colpito quanto sulla umanità tutta.

Saccheggi di musei, gallerie, collezioni pubbliche e private, di edifici religiosi, scavi non autorizzati di importanti siti archeologici, traffico illecito dei beni oggetto di tali già illegittime condotte costituiscono aspetti diversi ma intimamente connessi di un fenomeno transnazionale che alimenta un mercato (non solo nero) che sembra sempre più affamato di opere dell'arte. Il commercio illecito di arte e antichità è da decenni un'attività criminale diffusa e redditizia e il crimine organizzato da tempo vi si è interessato, così come i gruppi terroristici hanno compreso che il traffico di beni culturali è un modo relativamente semplice per perpetrare i loro misfatti – anche e soprattutto in ragione del caos determinato da guerre o situazioni di disordine civile che ovviamente abbassano la soglia dei controlli anche per questo tipo di beni – nonché altamente remunerativo per ottenere nuove risorse da dedicare all'attività criminosa. Negli ultimi anni i conflitti armati in Iraq, Siria e Afghanistan ci hanno, purtroppo, dimostrato come essi abbiano cagionato un incremento del numero di furti a danno di beni culturali, soprattutto da parte di gruppi armati e terroristici non statali; situazioni di violenza generalizzata che si risolvono in attacchi diretti o indiretti contro il patrimonio culturale mobile e immobile al fine di distruggerne la valenza evocativa e identitaria. Il saccheggio e la distruzione di antichi e prestigiosi siti come Palmyra, Mosul, Bamiyan e Nimrud, solo per citarne alcuni, ci rimandano purtroppo l'immagine di chi, attraverso il compimento di tali crimini "secondari", da un lato finanzia la propria principale attività illecita e dall'altro mostra una compiaciuta furia iconoclasta servile ad una inquietante propaganda politico-religiosa.

Le offese contro i beni culturali sono tradizionalmente realizzate da specialisti che operano in una ristretta rete fiduciaria all'interno della quale la criminalità organizzata è sempre più coinvolta riuscendo ad incrementare esponenzialmente il volume e il valore delle transazioni illecite; dopo il traffico di armi e droga, secondo stime attendibili, il traffico illecito in oggetti culturali è una delle forme più redditizie di criminalità organizzata transnazionale. Questi dati, purtroppo, dimostrano in maniera inconfutabile che i modelli di tutela internazionale del patrimonio culturale maturati negli ultimi sessanta anni non si sono rivelati all'altezza delle aspettative e del ruolo loro assegnato.

Come è noto, proteggere il patrimonio culturale contro quel tipo di condotte è assai problematico in ragione della cennata dimensione transnazionale che coinvolge diversi ordinamenti e giurisdizioni nazionali: gli oggetti vengono saccheggiati in un paese, scambiati illecitamente in un altro, trasportati attraverso altri ancora, prima di raggiungere la loro destinazione finale.

Allorché la trattativa e/o il trasferimento dei beni culturali da "reale" diventa "virtuale", la complessità della gestione di un efficiente sistema di tutela aumenta ancor di più, disperdendosi del tutto il legame territoriale con i Paesi coinvolti nelle varie fasi del *trafficking* latamente inteso.

Come ha felicemente compreso la nuova Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alle offese ai beni culturali affinché la lotta a detti fenomeni possa risultare davvero efficace, essa non potrà non tenere in debita considerazione le variazioni che il mercato dei beni culturali sta sperimentando per contrastare l'irrigidimento delle regole scritte o non scritte, vincolanti o meno, che rendono sempre meno facile e più rischioso il commercio e la circolazione di queste categorie di beni. Il punto 5) del Rapporto Esplicativo alla Convenzione molto acutamente osserva, infatti, che

«[t]he black market is moving away from traditional means of trading, such as flea markets, to trading antiquities online through social media and the Deep Web. In response to these changing law enforcement challenges, international organisations and State entities, including police services, customs, and border agencies, must be able to take the necessary actions to prevent and suppress this illicit trade in cultural property».

Per le ragioni sin qui brevemente esposte, il Consiglio d'Europa, che da sempre si è impegnato nella protezione del patrimonio culturale europeo, ha scelto di accrescere gli strumenti internazionalistici a protezione di quel patrimonio attraverso la scrittura di un nuovo trattato, il primo e l'unico al momento dedicato specificamente all'incriminazione di molteplici condotte di aggressione nei confronti dei beni culturali, assicurando così un'azione penale tanto in chiave preventiva che repressiva.

Ed è muovendo da questa recente convenzione che vorremmo svolgere la nostra analisi; anzitutto perché un nuovo trattato che "nasce" rappresenta sempre uno stimolo per l'internazionalista che vorrà indagarne il contenuto, la struttura, il posto nel mondo del giuridicamente esistente con il quale cercherà di saggiarne la compatibilità. Ma la ragione di fondo che ci ha spinto ad utilizzare la Convenzione di Nicosia come spettro di studio è in verità altra, pur nella consapevolezza che sul tema della protezione, valorizzazione e fruizione dei beni culturali si è scritto tanto e di esso si sono occupate sostanzialmente tutte le branche della scienza giuridica (e non).

Perché studiare ancora un argomento così esplorato, dunque?

La Convenzione di Nicosia rappresenta, cronologicamente parlando, l'ultimo tentativo della comunità internazionale di dotarsi di uno strumento efficace (o perlomeno questo è l'auspicio) di protezione internazionale dei beni culturali e lo ha fatto utilizzando la "carta" della criminalizzazione delle condotte lesive di quei beni. Cercheremo, allora di indagare se ed in che modo questa scelta possa davvero dimostrarsi confacente ad una più adeguata ed efficiente protezione dei beni in questione.

Ed anche e soprattutto perché, leggendone le norme, è emerso, in maniera ancor più evidente di quanto già non si fosse ipotizzato studiando le fonti attualmente a disposizione, che il settore della tutela del patrimonio culturale è un campo in cui è possibile intercettare molti dei temi fondamentali che intersecano, a vario titolo e con diversa intensità, il diritto internazionale contemporaneo: i cambiamenti e le dinamiche dei processi e dei soggetti della produzione normativa e del prodotto della "normazione" internazionale; il rapporto tra forme tradizionali e istituzionalizzate e forme invece più variegate, flessibili e non necessariamente formalizzate di cooperazione internazionale; l'evoluzione delle misure di *enforcement* e dei regimi sanzionatori e di *compliance* al precetto internazionale (ma anche interno) nonché delle forme di responsabilità; la transnazionalità, in senso lato, dei problemi da risolvere e delle soluzioni a disposizione per farlo.

Cogliamo, tra l'altro, una duplice tensione che percorre la materia oggetto di questa ricerca: da un lato, i beni culturali mostrano la tendenza ad essere disciplinati sempre più a livello ultra-statuale, diversamente da quanto accadeva in un recente passato in cui la materia c.d. culturale rimaneva di stretta competenza statale; dall'altro appare evidente la tendenza alla privatizzazione di una regolazione transnazionale che si rinnova e si specializza via via su impulso della società civile

come di attori non statali e per la via degli strumenti e delle pratiche del c.d. *soft law*.

Le trasformazioni sociali, culturali e giuridiche del nostro tempo e la complessità dei fenomeni da disciplinare all'interno di una comunità internazionale oramai reticolare e complessa ci rappresentano possibilità di "narrazioni" del diritto e dei diritti attraverso altre voci, nuove e diverse da quella, sino ad oggi dominante, del diritto internazionale classico. Sulla scena dell'ordine giuridico globale contemporaneo le categorie giuridiche sono fluide, mobili e alla ricerca di rinnovati assetti, le stesse fonti del diritto appaiono molteplici e diversificate, così come i soggetti e gli attori globali della regolazione come della amministrazione del patrimonio culturale e dei relativi interessi transnazionali da proteggere, tutelare, sanzionare. Alle fonti regolative tradizionali, ordinate e integrate nelle maglie complesse dei rapporti tra ordinamenti, subentrano con sempre maggiore importanza fonti informali, codici di condotta, raccomandazioni e buone prassi spesso derivate da meccanismi di mutuazione o imitazione reciproca tra sistemi normativi, e talora elevate a criteri regolatori uniformemente condivisi.

Tanto può dirsi esperienza comune a diversi regimi regolativi di un diritto internazionale frammentato e variamente istituzionalizzato: dal diritto dei diritti umani, al diritto dell'economia e dello sviluppo, al diritto dell'ambiente a quello dei conflitti armati sino al diritto internazionale penale, gli assetti complessivi e di sistema mutano progressivamente e con essi le stesse logiche regolative intersistemiche che inevitabilmente pongono questioni nuove ove si tratta di materie "trasversali", che incrociano contesti e settori diversi di disciplina e di azione.

Il diritto internazionale a tutela del patrimonio culturale non è ovviamente esente da questi cambiamenti ed anzi, come diremo meglio oltre, li rappresenta particolarmente, funzionando «come un vero e proprio "incubatore concettuale" capace di generare nuove idee e istituti giuridici», costituendo, quindi, terreno di analisi privilegiato ai nostri fini.

Tale stato di cose interroga costantemente il giurista sulle dinamiche di una transizione tra vecchi e nuovi modelli regolativi per indagare i quali si è scelto, perciò, di concentrare l'indagine sul trattato *de quo* e su alcune sue disposizioni in particolare: quelle che, a parere di chi scrive, rappresentano indizi di un qualcosa che ci permette di rintracciare e coordinare modelli di protezione, sistemi di disciplina nuovi, ibridi ma funzionali ad una gestione dei beni culturali che non può ormai più basarsi solo sugli approcci metodologici tradizionali ma che prende le mosse da una circolazione globale di definizioni e di regole (secondo approcci *top-down* e *bottom-up*) propria, tra l'altro, anche se non esclusivamente, del c.d. *transnational law*.

Illuminanti in tale senso risultano le parole della Menkel Meadow:

«*In our modern era, transnational law is law that moves back and forth from the international to the domestic and often back again, such as when one nation's legal solutions are "copy-pasted" or "downloaded or uploaded" to the law of another nation or to the international system. [...] Especially in "newer" areas of law, such as environmental, consumer, trade, intellectual property, refugee and migration, and labour and employment law, where "standards" are important, measures of acceptable behaviour (and legal concepts like balancing and proportionality) migrate back and forth from domestic to "global" standards as regulations, best practices, and case decisions are written by a variety of levels of legal tribunals. Dean Koh has described "transnational legal process" as "a blend of domestic and international legal process [which] internalizes norms" from the interaction of international and domestic law-making authority. Even private law and rulemaking are increasingly transnational, as multi-national corporations develop codes of conduct or best practice codes by which they promise to be governed. These new forms of less formal regulations, often expressed in aspirational terms, include statements of best practices from international bodies, sub-national governmental agencies, industry-wide codes, and corporate entity codes*».

Come ben sappiamo – e come vedremo meglio *infra* per quanto attiene più nello specifico al Consiglio d'Europa – il diritto internazionale dei beni culturali è composto da un complesso

sistema normativo che fa capo *in primis* alle numerose convenzioni redatte sotto l'egida dell'UNESCO che a partire dall'inizio degli anni cinquanta ha favorito il raggiungimento di consensi sempre più ampi intorno alla materia della protezione dei beni culturali: ricordiamo la Convenzione dell'Aja del 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, la Convenzione del 1970 sui mezzi per impedire e vietare l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illecito di beni culturali, la Convenzione del 1972 sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale, la Convenzione del 2001 sulla tutela dei beni culturali sommersi, ed ancora più recentemente la Convenzione del 2003 sulla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e quella del 2005 sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali.

Così come solo dopo la regolamentazione internazionale della tutela dei beni culturali in tempo di guerra è pervenuta la relativa disciplina in tempo di pace, allo stesso modo le norme a protezione dei beni culturali immobili sono state seguite da quelle sui beni mobili e da poco meno di un ventennio da quelle a tutela dei beni immateriali. La definizione di bene culturale si è, perciò, via via ampliata sino a ricomprendere i beni mobili, i beni culturali immateriali, oggi i diritti culturali. Sono tutte tappe di una evoluzione che ha segnato il crescente interesse del diritto, internazionale e non, quale scienza che indaga il divenire dei fenomeni umani, nei confronti dell'ampia e variegata categoria del *culturalmente rilevante*.

Quel complesso sistema normativo internazionale dicevamo, se da un lato basa le sue fondamenta su una rete di trattati (e di norme *soft*) che si richiamano fra di loro, è però amministrato da un'articolata rete di soggetti le cui competenze si sommano, a volte si sovrappongono, più spesso si coordinano: Stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni internazionali non governative, reti di enti di varia competenza tecnica.

Tutte queste entità gestiscono un insieme di relazioni che sarebbe riduttivo voler considerare solamente basate sui trattati e comunque rimesse all'iniziativa degli Stati parti dei trattati. Organizzazioni sia pubbliche che private, sia internazionali che nazionali o financo locali, cooperano all'unico scopo di comune interesse della tutela del patrimonio culturale, nozione questa la cui elaborazione stessa si deve all'esistenza di questa rete che di quella nozione si è poi nutrita.

Si tratta di un fenomeno non nuovo nella attuale fase evolutiva del diritto internazionale, che sempre più si declina nella costituzione di sistemi normativi particolari, sia su base territoriale (si pensi ai vari sistemi regionali) sia individuati, come in questo caso, dalla materia di comune interesse.

A questo complesso e variegato fenomeno si è cercato di dare adeguata sistemazione teorica attraverso, tra l'altro, l'uso delle tecniche del *Transnational Law* ed in particolare l'elaborazione della categoria dei *Transnational Legal Orders*.

Com'è noto, l'idea di un *Transnational Law* risale agli anni cinquanta del secolo scorso, quando, precisamente nel 1955, Philip Jessup ne propose la teorizzazione in occasione delle sue celebri *Storr Lectures on Jurisprudence*, ritenendo che occorresse un nuovo paradigma normativo per rinvenirvi la disciplina di tutto ciò che accade oltre i confini statali, traendone le norme da una contaminazione del diritto internazionale pubblico, del diritto internazionale privato e da tutte le «other rules» che risultassero applicabili.

Da questa intuizione di Jessup si sono originate molteplici correnti di pensiero, tutte a buon diritto definibili *transnational*, ma fra loro differenziate e distanti, in particolare per quel che riguarda il ruolo dello Stato nella complessiva ricostruzione di questi assetti.

Agli estremi di un ipotetico *continuum* da "meno Stato" a "più Stato" si collocano, da una parte, l'indirizzo di Zumbansen, secondo il quale l'ordine transnazionale si genera dalla mera interazione esclusivamente fra soggetti privati (come nel caso della *lex mercatoria*), mentre all'altro estremo si può collocare la teoria dei *Transnational Legal Orders* di Halliday e Shaffer, che ritengono necessario comunque l'apporto di una componente statale per la tenuta complessiva del sistema. Tra questi due estremi si situano poi diversi approcci più o meno privatistici o statalisti.

Caratteristica comune a tutti questi approcci è il fatto di situarsi da qualche parte a metà

strada fra il diritto internazionale e il diritto nazionale, fra il diritto privato e il diritto pubblico coinvolgendo tanto soggetti privati quanto pubblici, radicati nel diritto internazionale o nel diritto interno degli Stati. Soggetti che si muovono tutti in uno spazio, reale o virtuale, che va comunque oltre il territorio, sia di un singolo Stato, oltre i suoi confini, "*beyond the borders*" appunto, sia oltre la stessa dimensione territoriale concettualmente assunta, perché spesso queste relazioni *transnational* si annodano in un "*nowhere*" che potrebbe essere dovunque e in realtà non è individuabile da nessuna parte.

Da questo ultimo punto di vista, l'approccio *transnational* appare funzionale tanto alla realtà del mercato globale quanto a fenomeni tecnologicamente oggi possibili quali ad esempio la rete internet nelle sue polimorfiche manifestazioni. Ed anche il crimine organizzato è oramai oggetto di un diritto transnazionale quale quello che può rinvenirsi nella Convenzione e nei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale.

A dire il vero, però, l'utilizzo di questa categoria è ancora lungi dall'aver prodotto un generalizzato consenso non solo sulla sua ricostruzione ma anche su alcune sue pratiche implicazioni. Basti pensare ad esempio alle difficoltà segnalate da Silvia Ferreri nel suo *General Report* al XVIII Congresso dell'Accademia Internazionale di Diritto Comparato tenutosi nel 2010 a Washington.

Tutt'al più, come nota prudentemente Sapienza, l'apporto di queste teoriche sembra consistere nella maggiore autonomia che esse riconoscono all'operato dell'interprete, in particolare disegnando un quadro di riferimenti attorno al diffuso fenomeno della *cross-fertilization* tra le diverse istanze giudiziali.

Eppure, a ulteriore riprova delle peculiarità del contesto europeo, interessanti elementi di analisi potrebbero, ci pare, essere offerti dal quadro normativo elaborato all'interno del Consiglio d'Europa che proprio recentemente si è arricchito, con la convenzione di Nicosia, dell'importante tassello rappresentato da una normativa penalistica tendenzialmente uniforme.

Quanto sopra ci porta a formulare un ulteriore e composito interrogativo, strettamente interconnesso con quelli già sopra individuati: possiamo dire che esiste una "*lex* culturale" – ci si passi il termine ibrido per analogia con quello di *lex mercatoria* – come insieme di norme di *hard* e *soft law* che disciplinano fenomeni transnazionali legati alla circolazione, al danneggiamento, alla protezione e più in generale alla gestione dei beni culturali? Possiamo dire che il diritto internazionale della cultura rappresenta uno dei tanti *regimi giuridici internazionali* in cui è suddiviso il mondo contemporaneo o che esiste un *transnational legal order* o più *orders*, secondo la nota definizione coniata da Halliday e Shaffer per cui «*[t]he term transnational legal ordering refers to the transnational construction, flow, settlement, and unsettlement of legal norms in particular domains. By transnational legal orders, we mean "a collection of formalized legal norms and associated organizations and actors that authoritatively order the understanding and practice of law across national jurisdictions" in these domains*»?

Ciò che si può dire è che risulta evidente che la materia rappresenta un importante banco di prova del ruolo, dei limiti, della funzione del diritto internazionale oggi.

Noi, come dicevamo, intendiamo limitarci a tentare di dare risposta alle domande poste tramite lo studio della nuova Convenzione del Consiglio d'Europa – nonché, tramite i rimandi che essa opera, all'*international cultural heritage law* nel suo complesso; convenzione che, seppur non ancora entrata in vigore, rappresenta a nostro avviso la *summa* delle molte direttrici che abbiamo sopra identificato. Non senza chiederci, tra l'altro, perché si sia scelto di usare lo strumento della codificazione – attraverso la redazione di un testo convenzionale – nell'attuale momento che, da più parti della dottrina internazionalistica, viene definito come quello della "decodificazione".

Insomma, lo studio del nuovo accordo, nel far emergere le problematiche e le incoerenze dell'attuale ordine globale, potrebbe dirci qualcosa in più sullo stadio di sviluppo del diritto internazionale dei beni culturali e non solo.

L'analisi sarà avviata muovendo dalla disciplina sostanziale prevista dal trattato del Consiglio

d'Europa e verificando poi in che modo tale regolamentazione si ponga rispetto alle norme ed alle prassi internazionali esistenti e come essa debba essere interpretata alla luce di una valutazione "globale" della disciplina posta ed ancora *se* e *cosa* ci comunichi sull'attuale evoluzione dell'ordine giuridico mondiale e dei suoi soggetti ed oggetti secondo l'approccio dichiarato.

In ragione delle superiori considerazioni il volume è stato suddiviso in tre capitoli il primo dei quali ci dà contezza dello stato dell'arte della protezione dei beni culturali nell'ambito del Consiglio d'Europa e scandisce diacronicamente le tappe di una evoluzione iniziata subito dopo la costituzione dell'organizzazione internazionale regionale.

Le radici della scelta di produrre un nuovo trattato internazionale, del resto, affondano nella storia stessa del Consiglio e del suo atteggiamento fortemente proattivo nei confronti della tematica del *cultural heritage*. Per comprendere sino in fondo anche le ragioni del fallimento del precedente tentativo di adottare un accordo di criminalizzazione di alcune condotte lesive dei beni culturali, è sembrato utile avviare l'indagine dal *background* esistente e da lì procedere oltre, ed in questo percorso preziosi sono risultati lo studio sia dell'iter preordinato alla redazione ed adozione della Convenzione (cap. I, par. 9) sia del Preambolo (cap. I, par. 2) tanto esteso e "denso" da rappresentare uno snodo fondamentale nella comprensione del trattato.

Il prosieguo dell'analisi, al capitolo secondo, si concentra su alcune delle fattispecie più rilevanti ai fini della presente ricerca: si tratta di norme centrali sia rispetto all'impianto stesso della Convenzione di Nicosia, perché ci permettono di cogliere quanta novità c'è e quanto c'è, invece, di mero *restatement of law* in questo trattato, sia rispetto ai nostri interrogativi iniziali fornendoci spunti preziosi nell'individuare se l'interazione tra norme esistenti realizzi o meno quello che abbiamo definito un autonomo ordine giuridico transnazionale o internazionale dei beni culturali.

Per completezza d'indagine è sembrato utile allo scopo delineare gli approcci giurisprudenziali che, seppur rievocati ma non nel dettaglio, ci daranno comunque l'occasione per tracciare un nuovo corso del diritto internazionale di protezione dei beni culturali soprattutto allorquando vengano in rilievo casi di danneggiamento e distruzione dei beni culturali non senza cercare di comprendere come la Convenzione si ponga rispetto a tale progresso ed evidenziando che sul punto l'accordo avrebbe certamente potuto osare di più.

Nei paragrafi 7 e 8 del secondo capitolo, il *focus* si sposterà su due temi che più di altri ci hanno aiutato a fornire risposta alle ipotesi di lavoro: lo studio dei soggetti del reato (in particolare le persone giuridiche) e delle sanzioni applicabili ha offerto, infatti, elementi importanti per avvalorare la tesi che questo nuovo trattato rappresenta uno spaccato della direzione – spesso contraddittoria ma non per questo meno chiara – verso cui tende la comunità internazionale degli Stati ed il modo di essa di regolamentare la propria (co)esistenza.

L'ultima parte del volume sarà dedicata, in un primo momento, all'analisi dei capitoli IV e V della Convenzione di Nicosia, rispettivamente dedicati alle misure preventive ed ai meccanismi di *follow-up*. Anche in questo caso tali questioni verranno trattate esplicando la disciplina materiale dettata dalla Convenzione per poi approfondire il grado di analisi chiedendoci cosa quelle norme abbiano da dirci in un più ampio contesto regolativo.

Il terzo capitolo della presente ricerca si focalizzerà, infine, sul tema della cooperazione internazionale e sulla predisposizione di misure di prevenzione, vere novità di questo trattato di diritto internazionale nella misura in cui, come vedremo, per la prima volta si sistematizzano e si inseriscono in uno strumento giuridicamente vincolante elementi giuridici previamente provenienti soprattutto da fonti di *soft law.*

In questo senso la Convenzione se da un lato rappresenta l'ennesimo tentativo di ipercriminalizzazione di talune condotte, espressione di una tendenza globale a spingere i sistemi di tutela di beni meritevoli di protezione verso la disciplina sostanziale e procedurale di stampo penalistico, dall'altro manifesta, piuttosto, indizi che ci potrebbero portare a conclusioni di segno opposto sconfessando l'idea che criminalizzare significhi (sempre) proteggere o comunque proteggere adeguatamente.

Domenico Notaro, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*. Torino, *G. Giappichelli*, 2020

In questi anni il diritto penale militare è andato incontro a importanti trasformazioni che hanno condotto a ripensare il ruolo della disciplina all'interno dell'ordinamento corrente. Il superamento (pur non definitivo) del meccanismo di reclutamento obbligatorio del personale militare, unitamente alla progressiva estroflessione dell'impegno delle Forze armate in scenari internazionali scissi da una qualificazione bellica conclamata, ha imposto il riesame delle esigenze di tutela cui si rivolge il sistema penale. Dei nuovi orizzonti non può non tenersi conto per formare le figure professionali deputate a curare gli interessi dell'Amministrazione e destinate perciò a "incrociare" il "rischio" dello stigma penale. La natura settoriale del sistema militare – insieme alla sua connaturata "frammentarietà" di assetto – è essa stessa motivo di opacità della disciplina, bisognevole di schiarimento, e sovente causa di responsabilità avvertibili come un "costo" del servizio reso all'interno dell'amministrazione.

Il manuale che si licenzia, deve la sua nascita a un'esperienza quasi ventennale di insegnamento nei corsi di diritto penale militare attivi in alcune Scuole e Accademie militari del nostro Paese. Concepito come sussidio delle lezioni e strumento di consolidamento dell'impostazione didattica, attraverso la selezione e l'organizzazione degli argomenti meritevoli di approfondimento, esso adotta una linea di esposizione quanto più possibile agile e calibrata alle esigenze di apprendimento istituzionale di quanti sono chiamati ad operare nelle diverse articolazioni delle amministrazioni militari.

Obiettivo del testo è, anzitutto, fornire una chiara visione d'insieme del sistema penale speciale, muovendo dai fondamenti razionali e dalle storiche finalità di tutela che lo connotano. La trattazione non rinuncia, tuttavia, ad evidenziare criticamente le discrasie e i ritardi maturati dalla disciplina speciale in epoca repubblicana: tanto vale, soprattutto, per quel che rimane della legislazione di guerra, la quale è qui relegata a una disamina solo comparativa degli istituti e delle fattispecie contemplate dal sistema di pace; progressiva attenzione, piuttosto, è dedicata alle norme che si fanno spazio per regolamentare le missioni militari internazionali cui sempre più spesso partecipano le Forze Armate. Né l'analisi degli istituti rinuncia a misurare l'efficacia degli interventi di adeguamento, faticosamente approntati dal legislatore negli ultimi decenni. Per l'uno e per l'altro versante si rivela importante considerare l'apporto della giurisprudenza, cui nel testo si presta costante attenzione, nella convinzione che – tanto per l'operatore giudiziario, quanto per colui che è chiamato ad assolvere compiti di servizio – l'elaborazione dei giudici costituisca termometro di rilevamento sensibile e prezioso della capacità di adattamento dell'ordinamento militare ai nuovi tempi che scandiscono la vita e i compiti delle nostre Forze Armate.

Claudia Pecorella, *Donne e violenza*. Torino, *G. Giappichelli*, 2021

A partire dall'anno accademico 2018-2019 il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca ha attivato un insegnamento sulla violenza di genere, dal titolo "Donne e violenza: prevenzione e repressione", nell'ambito dei corsi di laurea in Scienze Giuridiche (triennale) e in Giurisprudenza (magistrale).

L'occasione è stata offerta dal finanziamento ricevuto da Regione Lombardia sulla base dell'accordo di collaborazione, sottoscritto con l'Università di Milano-Bicocca, per la promozione di percorsi formativi sperimentali sulle tematiche di prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne ai sensi della d.g.r. 17 gennaio 2018, n. 7774.

È grazie a quel finanziamento che viene oggi pubblicata questa raccolta di documenti, destinata a integrare il materiale di studio per la prossima edizione del Corso, che avrà inizio a marzo di quest'anno. Attraverso i documenti selezionati si vuole richiamare l'attenzione sugli impegni che anche il nostro Paese si è assunto, sul piano internazionale, nella lotta contro la violenza sulle donne, per verificarne poi l'effettivo rispetto attraverso i diversi interventi legislativi con i quali si è modificata la disciplina penale, sostanziale e processuale, di quel fenomeno, nelle sue varie manifestazioni.

Il volume contiene, nella sua prima parte, un estratto sia della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul) del 2011, sia della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato; a queste fonti di primaria importanza nel segnare il percorso che gli Stati devono intraprendere per garantire un'adeguata tutela alle donne vittime di violenza di genere, si è aggiunta la Raccomandazione del 2017 (la n. 35), con la quale il Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni discriminazione nei confronti delle donne, istituito nell'ambito della omonima Convenzione (CEDAW), ha aggiornato la precedente Raccomandazione del 1992 (la n. 19), segnalando in modo più puntuale agli Stati le esigenze di intervento, anche sul piano della giustizia penale.

A conclusione di questa prima parte, volta a ricostruire gli obblighi di intervento dello Stato italiano in questa materia, è parso opportuno inserire anche la sentenza con la quale, nel marzo del 2017, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato il nostro Paese per violazione degli artt. 2, 3 e 14 della CEDU, proprio in un caso di violenza domestica, conclusosi con l'uccisione del figlio e il tentato omicidio della moglie da parte di un uomo. Una sentenza, quella sul caso Talpis contro Italia, che contiene indicazioni importanti sui rimedi da adottare per evitare il ripetersi di situazioni analoghe e della quale ha esplicitamente tenuto conto il legislatore italiano nel suo ultimo intervento di riforma.

Nell'ultima parte del volume, come si è anticipato, si è voluto spostare l'attenzione sui provvedimenti legislativi con i quali, nell'arco di poco più di un quinquennio, si è data attuazione nel nostro ordinamento alle indicazioni provenienti dalle fonti internazionali: la legge n. 119 del 2013, c.d. legge sul femminicidio; il d.lgs. n. 212 del 2015, con il quale è stata attuata la Direttiva europea sulla vittima del 2012; la legge n. 69 del 2019, c.d. Codice Rosso.

Di questi provvedimenti si è scelto di far emergere le strategie messe in campo, di volta in volta, in vista del rafforzamento della tutela delle vittime della violenza: strategie che si colgono con chiarezza rileggendo le motivazioni che hanno accompagnato la presentazione in Parlamento del disegno di legge che sta all'origine di ciascuno di quei provvedimenti: quello di conversione del d.l. n. 93 del 2013 per la legge sul femminicidio; quello di attuazione della Direttiva sulla vittima; quello più recente, volto a introdurre modifiche al codice di procedura penale e disposizioni a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, per il Codice rosso. E poiché quest'ultimo contiene anche una disposizione che reprime i matrimoni forzati, che è stata inserita durante i lavori parlamentari, è sembrato opportuno riproporre anche le motivazioni che illustravano quella, delle diverse

proposte di legge in materia già presentate alla Camera, che è risultata sostanzialmente accolta nella legge definitivamente approvata.

Giuseppe Puglisi, *La clausola di Norimberga*. Torino, G. Giappichelli, 2021

Il lato "oscuro" della legalità?
Ragioni e obiettivi dell'indagine

Con l'espressione clausola di Norimberga viene tradizionalmente indicato l'art. 7, § 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa (nel prosieguo, semplicemente, C.E.D.U. o Convenzione di Roma).

Si tratta di una previsione particolarmente impegnativa sotto il profilo esegetico: la sua formulazione letterale è enigmatica, la prassi applicativa è relativamente povera e i contributi dottrinali in argomento, essendo perlopiù riconducibili al *genus* del commentario, sono privi (per comprensibili limiti tipologico-redazionali) di ricostruzioni dogmatiche approfondite che ne agevolerebbero la piena comprensione.

Eppure, le questioni da essa sollevate impongono (almeno il tentativo di) una riflessione compiuta. Vediamo meglio perché, incominciando da acquisizioni oramai pacifiche. Ai sensi dell'art. 7, § 1 C.E.D.U. «[n]essuno può essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui fu commessa, non costituisce reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». Come accade a livello nazionale (art. 25, comma 2, Cost.), euro-unitario (art. 49, § 1, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea o, in breve, C.D.F.U.E.) e internazionale (art. 24 St. C.P.I.), anche la Convenzione di Roma – è noto – tutela l'individuo dall'applicazione *ex post facto* di precetti e sanzioni di nuova introduzione, siano essi formali o fattuali: sviluppatasi nel *milieu* illuminista, l'idea della calcolabilità del rischio penale sottesa al principio di legalità sub specie di irretroattività è a ogni latitudine (e con le rispettive sfumature) minimo comune denominatore del concetto di punizione legittima.

Proseguendo nella lettura, tuttavia, lo scenario si complica: «[i]l presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

Il principio che la Convenzione ha appena sancito al paragrafo precedente sembra essere (se non rinnegato, quantomeno) depotenziato da una fonte estranea alla tradizionale grammatica dello *jus criminale*, ma usuale a quella dello *jus gentium*. Si ha cioè l'impressione che il *nullum crimen*, *nulla poena sine lege* corra su un doppio binario: il primo, più resistente, relativo ai crimini ordinari; il secondo, più fragile, attinente a crimini "stra-ordinari", rispetto ai quali l'affermazione del principio di irretroattività parrebbe più apparente che reale. Stando all'interpretazione letterale, infatti, la clausola di Norimberga abbraccerebbe condotte che al *tempus commissi delicti* non risultano sussumibili in una norma (incriminatrice) di diritto positivo, ma si collocano piuttosto all'interno di giudizi di disvalore dai contorni imprecisi e maturati in seno alla comunità internazionale.

Sennonché, questa apparente *souplesse ratione materiae* dà vita a un cortocircuito rispetto all'art. 15 C.E.D.U. che, pur permettendo deroghe alle previsioni convenzionali «in caso di guerra o […] di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», esclude dal proprio spettro applicativo l'intero art. 7 e, così facendo, dimostra di trattare in maniera unitaria il principio di legalità.

Ma vi è di più.

Il contenuto del § 2 è in buona sostanza inedito nel panorama giuridico successivo alla seconda guerra mondiale. Per ragioni storico-culturali esso ha stentato ad affermarsi nei trattati regionali posti a protezione dei diritti umani, nel cui novero la Convenzione di Roma pacificamente si ascrive: occorrerà infatti attendere sedici anni perché il Patto Internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici (16 dicembre 1966) statuisca analogamente che «[n]ulla, nel presente articolo,

preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni» (art. 15 § 2) e circa un cinquantennio perché l'art. 49, § 2, C.D.F.U.E. preveda: «[i]l presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni». Nulla di analogo tenore si rinviene nella Convenzione americana sui diritti umani, adottata il 22 novembre 1969 a San José di Costa Rica, in seno all'O.S.A. (Organizzazione degli Stati Americani), né nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, firmata il 27 giugno 1981 a Banjul (Gambia), nell'ambito della Conferenza dai ministri della Giustizia dell'O.U.A. (Organizzazione dell'Unità Africana), né infine nella Carta araba dei diritti dell'uomo del 15 settembre 1994 (emendata il 22 maggio 2004) promossa dalla Lega degli Stati Arabi.

Quid iuris?

La disposizione ex art. 7, § 2 accredita davvero deviazioni dal principio di legalità convenzionale, legittimando la punizione di taluno sol perché ha realizzato un fatto ripugnante alla macrocoscienza collettiva e che viene formalizzato in un momento successivo alla sua commissione?

Il nostro obiettivo sarà proprio quello di dare risposta a simili interrogativi, al fine di comprendere se, alla luce dell'odierno diritto penale, «*in atrocissimis […] et licet iudici iura transgredi*».

Pertanto, in primo luogo, tornerà utile collocare la previsione in esame nel contesto storico di riferimento, evidenziandone origine e fondamento filosofico, riconducibili all'esperienza nazionalsocialista e alle forme di giustizia di transizione, nonché a istanze di giustizia sostanziale. In altre parole, poiché la norma è evidentemente "reazionaria" bisognerà prima capire meglio a cosa reagisce e come (cap. I).

Successivamente, occorrerà analizzarne la struttura, imperniata sui *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*. Assimilabili all'istituto delle clausole generali, essi sono «fattori di vaghezza inseriti all'interno della disposizione», che richiedono «la mediazione dell'interprete per il recupero della norma (quindi per la ricostruzione ermeneutica della fattispecie)» e confliggono apertamente con l'idea di una *lex stricta et certa*. La scarsa familiarità del penalista con la categoria ne imporrà l'esame, prima, nel contesto di appartenenza (*i.e.* l'ordinamento internazionale) e, poi, in quello di trasferimento (*i.e.* il diritto penale internazionale). L'intento è quello di verificare se – sul terreno della punizione – si possa loro attribuire *in concreto* una funzione incriminatrice, come quella *prima facie* evocata dalla clausola di Norimberga (cap. II).

Le conclusioni teoriche provvisoriamente raggiunte andranno infine confrontate con la giurisprudenza della Corte E.D.U.

Due i livelli di lettura di quest'ultima parte: il primo (e più immediato) è quello che ricorda la tradizione anglosassone del *casebook*; il secondo (e più impegnativo) è un tentativo di comprendere diacronicamente l'evoluzione del divieto di leggi *ex post facto* rispetto ai crimini internazionali scrutinati dai giudici di Strasburgo (cap. III). Solo a questo punto potremo comprendere a) se (non ai principi generali, ma) all'art. 7 § 2 C.E.D.U. (che li evoca) va attribuita valenza "mnestico-monitoria" oppure funzione "incriminatrice-ultrattiva" e b) il rapporto tra C.E.D.U. e C.D.F.U.E. *in subiecta materia*.

Pierpaolo Rivello, *Manuale del diritto penale militare e dell'ordinamento giudiziario militare*, Torino, *G. Giappichelli*, 2019.

Il Manuale del diritto penale militare e dell'ordinamento giudiziario militare rappresenta un momento importante del percorso, sviluppatosi nell'arco di decenni, rivolto all'approfondimento delle tematiche afferenti a questo ramo speciale del diritto, da me studiato sempre congiuntamente al diritto ed alla procedura penale "comune", onde evitare di cadere in pericolose tentazioni di separatezza.

Ho cercato di sviluppare le mie ricerche con lo sguardo proteso al futuro piuttosto che al passato; pertanto, al fine di rispondere all'interrogativo concernente la sussistenza di ragioni atte a giustificare la sopravvivenza della giustizia militare, chiamata in prima battuta ad avvalersi di tale *corpus* normativo, non ho mai ritenuto significativo il mero richiamo alla "tradizione" e alla secolare presenza di organismi giudiziari similari, ma ho invece sottolineato come, anziché parlare di una struttura "ontologicamente" destinata a perpetuarsi nel tempo o al contrario a cadere sotto la scure dello scorrere degli anni, debbano in primo luogo essere eliminati alcuni errori di prospettiva, tra cui quello di ritenere che la sempre più accentuata omologazione alla magistratura ordinaria avrebbe finito per farne perdere le ragioni di esistenza.

L'analisi sviluppata sulle tematiche del diritto e della procedura penale militare ha condotto a riflettere su taluni aspetti di specificità, in una visione complessiva aliena da tesi preconcette e volte a valutare il significato di talune discrasie.

Questo cammino è stato segnato da una serie di lavori scientifici. Andando a ritroso nel tempo, dopo i "*Profili di procedura penale militare*" del 1995, ricordo il successivo, più ponderoso, contributo, parimenti nell'ambito delle Edizioni Giappichelli, avente come titolo "*Procedura e ordinamento giudiziario militare*".

Va rilevato che fino a quegli anni, e fatti salvi i fondamentali lavori del prof. Venditti, mio Maestro in questo ramo del diritto, i più significativi lavori di approfondimento avevano riguardato quasi esclusivamente il diritto penale militare, trascurando quasi del tutto il settore dell'ordinamento giudiziario militare e della procedura penale militare.

Per quanto concerne l'ambito della giustizia militare, dovetti parimenti constatare la carenza di lavori storici e comparatistici, e lo scarso interesse a focalizzare l'attenzione sull'impatto delle decisioni dei tribunali militari rispetto all'evoluzione della società italiana e sui reciproci condizionamenti.

Risultarono finalizzati a colmare tale lacuna due volumi collettanei della Casa Editrice Giappichelli. Il primo di essi, del 2004, che vide come ulteriore curatore il caro amico prof. Labanca, ebbe a suo titolo "*Fonti e problemi per la storia della giustizia militare*" ed affrontò tematiche di grande interesse, quali: la giustizia militare nelle colonie dell'Italia liberale; la giustizia militare e la società civile nel primo conflitto mondiale; il percorso evolutivo della giustizia militare nell'ultimo cinquantennio.

Nel successivo 2005 usciva, a mia cura, il libro "*La giustizia militare nell'Italia Repubblicana*".

La necessità di fornire agli studenti del Corso di studio di Scienze Strategiche un testo aggiornato in tema di diritto penale militare, sia nella sua parte generale che in quella speciale, mi suggerì poi di redigere il testo intitolato "*Lezioni di diritto penale militare*", che ha rappresentato un punto di riferimento per molti fra coloro che per diverse ragioni hanno inteso avvicinarsi allo studio di questa materia.

Alla prima edizione, del 2007, fece seguito la seconda del 2012, volta a tener conto, fra l'altro, del d.l. 4 novembre 2009, n. 152, convertito nella legge 29 dicembre 2009, n. 197, nonché, soprattutto, del "Codice dell'ordinamento militare", emanato ai sensi del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, e che, come espressamente indicato dall'art. 1 del Decreto in oggetto, mira a disciplinare, unitamente alle "altre disposizioni da esso espressamente richiamate", l'intero complesso

concernente “l’organizzazione, le funzioni e l’attività della difesa e sicurezza militare e delle Forze Armate”.

L’anno precedente era uscita la monografia “*Il procedimento militare*”, volta a dare compiutezza all’insieme di problematiche afferenti detto settore, generalmente trascurate da chi aveva semplicisticamente ritenuto che a seguito dell’emanazione dell’attuale codice di procedura penale non vi fossero più aspetti di specificità al riguardo, alla luce di un’impostazione ben presto sconfessata non solo dalla Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale, ma da buona parte della dottrina.

L’attuale Manuale si pone come sintesi di queste ricerche, ed al contempo come segnale di un costante amore ed interesse per la materia, evidenziando, tra l’altro, la possibilità di sinergie con altri studi specialistici, quali, in particolare quelli afferente al settore della navigazione, la cui parte penalistica appare ispirata a canoni spesso coincidenti con quelli che caratterizzano i codici penali militari.

L’analisi, sviluppata talora anche con riferimenti comparatistici, si propone di coniugare la chiarezza espositiva e l’immediata comprensibilità dei riferimenti con lo sforzo diretto a porre in luce gli aspetti di maggiore interesse per gli operatori del diritto.

Come tutte le opere umane, anche questo lavoro non può dirsi immune da alcuni “condizionamenti”, rappresentati da scelte di campo e da condivisione di valori che inevitabilmente incidono sull’intero contesto.

Nel caso di specie, essi sono rappresentati da una concezione quasi sacrale dei diritti di libertà garantiti dal dettato costituzionale e dall’ammirazione nei confronti dei princìpi più profondi che caratterizzano l’operato di quanti hanno scelto di fare della carriera militare la propria missione.

Ciò peraltro si accompagna ad una decisa avversione nei confronti di ogni inutile formalismo, delle incrostazioni del passato rappresentate, nel mondo castrense, da visioni, peraltro ormai sempre più in via di superamento, inidonee a tener conto del fatto che il valore della disciplina ed il rispetto per le tradizioni possono pienamente coniugarsi con le esigenze di efficienza operativa, nel rispetto dei primari valori dell’essere umano.

Natalino Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*. Torino, *G. Giappichelli*, 2021

Ius ad bellum, ius in bello, disarmo

Il diritto internazionale tradizionale era ripartito in due branche distinte: diritto internazionale di pace e diritto internazionale bellico. Il primo disciplinava le relazioni tra Stati in assenza di un conflitto armato. Il secondo veniva applicato una volta che il conflitto armato avesse inizio e per tutta la durata delle ostilità. Il diritto internazionale bellico disciplinava sia i rapporti tra i contendenti sia i rapporti tra questi e i terzi Stati. In questo secondo caso, la disciplina era una parte separata del diritto internazionale bellico e veniva denominata diritto della neutralità.

Il diritto di ricorrere alla forza armata (*ius ad bellum*) veniva considerato come parte del diritto internazionale di pace, mentre il diritto relativo alla disciplina delle ostilità tra belligeranti e delle relazioni tra questi e terzi Stati (*ius in bello*) faceva parte delle trattazioni di diritto internazionale bellico.

L'entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite, che ha bandito la guerra nelle relazioni internazionali, ha segnato l'inizio di un processo volto a diminuire l'importanza del diritto bellico nelle trattazioni dottrinali. L'incertezza circa l'esistenza di un vero e proprio stato di guerra una volta che fossero scoppiate le ostilità, ha indotto a trattare il diritto bellico nel quadro del diritto internazionale di pace, spesso in una parte separata dedicata al diritto dei conflitti armati.

Nelle trattazioni più recenti, che hanno visto una reviviscenza degli studi in materia, il diritto dei conflitti armati viene qualificato come diritto internazionale umanitario, comprendente sia il c.d. diritto dell'Aja sia il c.d. diritto di Ginevra. Il primo, relativo alla disciplina dell'uso della violenza bellica tra i belligeranti ed ai rapporti tra belligeranti e neutrali, trova la propria fonte principalmente nelle Convenzioni dell'Aja del 1899 e 1907. Il secondo, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati e della popolazione civile, si è sviluppato a partire dalla Convenzione di Ginevra del 1864 e ha trovato una sistemazione nelle Convenzioni di Ginevra del 1906, 1929 e 1949. La dicotomia è stata superata grazie ai Protocolli del 1977, addizionali alle quattro Convenzioni di Ginevra e, come ha precisato la Corte internazionale di giustizia nel parere sulla *liceità delle armi nucleari* del 1996, le due branche si sono fuse in un unico sistema di diritto (*ICJ*, Reports 1996, par. 75).

Il diritto relativo al disarmo ed al controllo degli armamenti non aveva invece ancora trovato una trattazione autonoma né una chiara collocazione tra il diritto internazionale di pace e il diritto internazionale bellico. Il motivo è semplice: la disciplina del disarmo e del controllo degli armamenti è abbastanza recente e può essere fatta risalire all'opera della Società delle Nazioni.

Nella presente trattazione è stato ritenuto opportuno impiegare la locuzione "diritto internazionale dei conflitti armati" invece di seguire la dizione tradizionale (nella dottrina italiana) "diritto internazionale bellico". Infatti, il volume comprende tre parti distinte: il ricorso alla forza armata, la condotta delle ostilità e i rapporti tra belligeranti e Stati terzi (*ius in bello*, diritto bellico o diritto dei conflitti armati in senso stretto), il disarmo. Le tre parti sono separate ma non sono completamente indipendenti. Del fenomeno si è resa conto anche la dottrina più recente, che ha cominciato a seguire l'impostazione data nel presente volume.

Il diritto che disciplina il ricorso alla forza armata è autonomo rispetto al diritto che disciplina le ostilità tra belligeranti. Tuttavia, dopo l'entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite, non si può più parlare di completa indipendenza. Come vedremo, la Carta delle Nazioni Unite ha avuto un'influenza sul diritto della neutralità, poiché le regole tradizionali in materia non possono più trovare applicazione nella loro interezza, specialmente quando il Consiglio di sicurezza abbia determinato chi sia l'aggressore e chi sia l'aggredito. Parimenti, la conoscenza delle regole in materia di disarmo è divenuta importante poiché le interazioni tra *ius in bello* (che disciplina l'uso delle armi) e disarmo (che ha per oggetto la distruzione delle armi esistenti e la loro non produzione) non sono

più una rarità. Basti pensare che le moderne convenzioni di disarmo (es. la Convenzione sul disarmo chimico del 1993 o quella sulle mine antiuomo del 1997) contengono disposizioni appartenenti ad entrambe le categorie. I più recenti manuali militari, come quello francese, includono nel diritto dei conflitti armati non solo il diritto internazionale umanitario, ma anche il controllo degli armamenti e il disarmo.

In sintesi, la trattazione è dedicata a quel complesso di regole connesso al fenomeno del conflitto armato.

Convegni

Société Internationale de Droit Militaire
et de Droit de la Guerre a.i.s.b.l.

International Society for Military Law
and the Law of War a.i.s.b.l.

Our Ref: ISMLLW 1101 N E 2

Brussels, 26 November 2021

Dear Madam,
Dear Sir,

It is with great pleasure that we invite you to participate in the *XXII*nd *Congress* of the *International Society for Military Law and the Law of War*. This Congress will be held at the Palazzo Vecchio in Florence (Italy) from 10 to 14 May 2022. The central theme is:

Exploring Opportunities for Improvement of International Peace and Security

We gratefully acknowledge the support of the Italian authorities and our Italian Group in organizing this Congress.

As always, we will offer a highly interesting and diverse programme in the English language, featuring internationally renowned experts. Herewith you will find the outline of the Congress programme, as well as the necessary Congress application form. The Programme will be completed and updated in the coming period and sent to registered participants. Furthermore, the detailed programme will be made available on our website in its most current version.

We advise you to take due notice of the reduced participation fee for members and the relevant discount in case of early registration. A membership application form can be found at www.ismllw.org under the 'To become member' section. We are pleased to inform you that despite inflation and a difficult past period due to the pandemic, we managed to keep the registration fee at the level of the fee of the XXIst Congress (hosted in Lisbon in 2018).

Registered participants will receive a list of recommended hotels and a specific booking code to make use of applicable special rates for Congress participants. We strongly advise you to reserve your room at one of the recommended hotels as soon as possible, because between 20 December 2021 and 20 March 2022 these hotels will gradually start giving out our pre-reserved rooms to other hotel guests and room rates may rise significantly after 20 March 2022.

Once we have received and accepted the completed Congress application form and associated registration fee, a final confirmation of registration will be sent by e-mail.

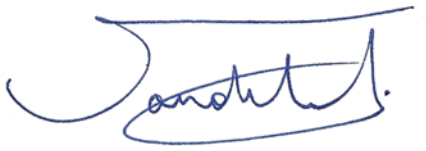
Please note that travel to and from, as well as accommodation in Florence are an individual responsibility. Visa requirements and COVID-19 related restrictions may apply. We advise you to verify these timely.

Mailing address & Seat/Adresse de correspondance & Siège:
International Society for Military Law and the Law of War – Société internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre 30, Avenue de la Renaissance – 1000 Bruxelles/Brussels – Belgique/Belgium
RPR Brussels/Bruxelles - BCE 0433.914.850
Tel: +32 472 80 76 09 - E-mail: brussels@ismllw.org - Website: www.ismllw.org

We will be highly pleased to welcome you and other representatives of your country or organisation at the wonderful Palazzo Vecchio in the heart of Florence, and we are looking forward to a vibrant and international exchange of ideas on several of today's challenging issues in the context of *exploring opportunities for improvement of international peace and security*.

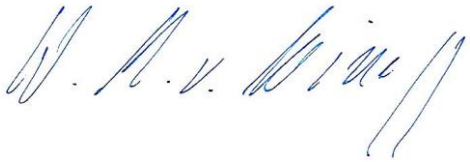
Yours sincerely,

The Secretary-General



Ludwig VAN DER VEKEN

The President



Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG

Mailing address & Seat/Adresse de correspondance & Siège:
International Society for Military Law and the Law of War – Société internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre 30, Avenue de la Renaissance – 1000 Bruxelles/Brussels – Belgique/Belgium
RPR Brussels/Bruxelles - BCE 0433.914.850
Tel: +32 472 80 76 09 - E-mail: brussels@ismllw.org - Website: www.ismllw.org

22nd Congress

Florence, Palazzo Vecchio

10 to 14 May 2022

Exploring Opportunities for Improvement of International Peace and Security

Draft Programme for participants[1]

Ref: ISMLLW 1092 N E 28 b

Tuesday 10 May 2022

	Arrival of Participants
09.00 – 11.00	**Meeting of the Managing Board (Managing Board members & members of the Italian Organising Committee only)**
11.00 – 13.00	**Meeting of the Board of Directors (Members of the Board of Directors only)**
13.00 – 14.15	Lunch (Members of the Board of Directors only)
14.30 – 16.00	**Continuation of the Meeting of the Board of Directors if needed (Members of the Board of Directors only)**
14.30 – 17.00	*Registration*
19.30 – 21.00	**Welcome Reception (Open to accompanying persons)**

Wednesday 11 May 2022

Plenary session

08.00 – 09.00	*Registration*
09.15 – 09.45	**Opening Ceremony (Open to accompanying persons)** Opening speeches by: Prof. Dr. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) & President of the Society Dr. Maurizio BLOCK, Military Prosecutor-General, Supreme Court of Italy & President of the Society's Italian Group Italian High Authority
09.45 – 10.30	Group photo & Coffee/tea

[1] Sessions or parts of sessions will be conducted online to the extent caused by the COVID-19 situation and social events and visits may be cancelled if required by the COVID-19 situation.

16 February 2022

10.30 – 12.00 **General Discussion in Plenary Session**
Intelligence Operations and Intelligence Sharing in the Context of Military Activities (working title)

Chair:
Prof. (Em.) Dr. Terry D. GILL, University of Amsterdam & Member of the Society's Board of Directors

Keynote Speech:
Admiral Enrico CREDENDINO, Chief of the Italian Navy
(The relevance of information driven operations in current geostrategic scenarios)

Presenters:
Dr. Sophie DUROY, Fellow, Kolleg-Forschungsgruppe "The International Rule of Law – Rise or Decline"
(The regulation of military intelligence operations under international law)
Prof. Dr. Marko MILANOVIC, University of Nottingham School of Law
(The legal and operational risks associated with international intelligence sharing)

12.00 – 13.15 Lunch

13.15 – 14.45 **General Discussion in Plenary Session**
Technology Developments and Outsourcing of Warfare (working title)

Chair:
Prof. Dr. Edoardo GREPPI, University of Torino & President of the International Institute of Humanitarian Law, San Remo (Italy)

Presenters:
Prof. Michael SCHMITT, Professor of International Law, University of Reading; G. Norman Lieber Distinguished Scholar, Lieber Institute, U.S. Military Academy, West Point; Strauss Center Distinguished Scholar and Visiting Professor of Law, University of Texas; Charles H. Stockton Distinguished Scholar in Residence, U.S. Naval War College; & Member of the Society's Board of Directors
(Current approaches to and trends in international law and cyber operations)
Prof. Dr. Marten ZWANENBURG, University of Amsterdam & Netherlands Defence Academy
(The use of biometrics in Military Operations and IHL)
Prof. Dr. Andrea SPAGNOLO, University of Torino
(Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS): ethical and legal considerations)

14.45 – 15.15 Coffee/tea

15.15 – 17.00 **General Discussion in Plenary Session**
Military and Non-Military Use of Outer Space: the Need for a Proper Legal Regime

Co-chairs:
Captain (N) Gianmatteo BREDA, Senior Legal Adviser, Italian Navy &
Mr. Roland TROPE, Adjunct Professor, Department of Electrical Engineering and Computer Science, U.S. Military Academy

Panelists:
Mr. Ulf HAUSSLER, Head of Division, EU, UN and NATO Law (acting), Federal Ministry of Defence, Germany & Member of the Society's Board of Directors
Mr. Harvey RISHIKOF, Chair of the American Bar Association Advisory Standing Committee on Law and National Security & Co-Chair of the ABA Cybersecurity Legal Task Force
Prof. Dr. Melissa DE ZWART, Adelaide Law School

17.00 – 20.00 *Cultural Visit (Open to accompanying persons)*

Free Evening

Thursday 12 May 2022

08.30 – 10.00 **General Discussion in Plenary Session**
Gender Awareness and the Military

Chair:
Prof. Dr. Gabriella VENTURINI, Council Member, International Institute of Humanitarian Law, San Remo (Italy)

Presenters:
Major-General Maureen Patricia O'BRIEN, Deputy Military Advisor, Office of Military Affairs, United Nations Department of Peace Operations
(Gender perspective in peacekeeping: the view of the United Nations)
Major Vincenza CHIACCHIERINI, Comandante Compagnia Carabinieri (Forlì)
(Raising gender awareness through military and police training)
Dr. Matteo M. WINKLER, Associate Professor, HEC School of Management, Paris
(The law of armed conflict in an LGBT perspective)
Dr. Federica FAVUZZA, Assistant Professor of International Law, University of Milan
(Gender issues related to detention in armed conflict)

10.00 – 10.30 Coffee/tea

16 February 2022

Parallel Specialised Sessions

10.30 – 12.00 **Committee for Criminal and Disciplinary Law**
Core International Crimes - Developments

Chair:
Lieutenant-Colonel (Ret.) Frank ROSENBLATT, Assistant Professor of Law, Mississippi College of Law & Former Deputy Chief U.S. Army Trial Defense Service

Presenters:

Mr. Morten BERGSMO, Director of the Centre for International Law Research and Policy (CILRAP), Florence (Italy)
(Military Self-Interest in Accountability as an Antidote to Increased Politicisation)
Mr. Ezéchiel AMANI CIRIMWAMI, Magistrate, Democratic Republic of Congo; PhD Candidate, UCLouvain and VUB; & Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law
(Prosecuting rape as war crime: lessons and challenges learned from military tribunals in the DRC)
Prof. Dr. Paola GAETA, Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies
(The problem of overcriminalisation of IHL violations as war crimes)

Committee for History of Military Law and the Law of War
Learning From Legal History to Prepare the Future

Chair:
Prof. Dr. Stefan OETER, University of Hamburg, Germany

Presenters:
Prof. Geoffrey S. CORN, South Texas College of Law - Houston
(Perfidy in warfare: a legal and historical analysis)
Ms. Marisa GIUSTINIANI, Researcher in IHL, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva
(*Loss of civilian protection for 'war-sustaining' economic objects and activities in contemporary warfare: the limits of international humanitarian law)*
Major Enrico COSSIDENTE, Italian Army
(The application of international law to State Actors' disinformation)

12.00 – 12.30 **Presentation of the *International Society for Military Law and the Law of War*, and its Projects**

Presenter:
Mr. Alfons VANHEUSDEN, Senior Legal Adviser, Ministry of Defence, Belgium & Assistant-Secretary-General of the Society

12.30 – 13.30 Lunch

13.30 – 15.00 **Committee for the Law of Maritime and Air Operations**

A Shift of the "Air and Maritime Battle" from International Areas to Territorial waters and National Airspace: Some Legal Thoughts

Chair: Captain (N) Gianmatteo BREDA, Senior Legal Adviser, Italian Navy

Presenters:
Prof. Raul (Pete) A. F. PEDROZO, Howard S. Levie Professor of the Law of Armed Conflict and Professor of International Law, Stockton Center of International Law, U.S. Naval War College
(The legal framework related to"intrusive intelligence" in the air and maritime domains)
Prof. (Em.) Dr. Natalino RONZITTI, LUISS University (Rome) & Advisory Expert, Istituto Affari Internazionali
(The legal status of a sunken warship and the obligations of coastal States)

Committee for History of Military Law and the Law of War

Learning From Legal History to Prepare the Future

Chair:
Prof. Dr. Stefan OETER, University of Hamburg, Germany

Presenters:
Major Mirco ANDEREGG, Deputy Head Law of Armed Conflict, Swiss Federal Department of Defence & President of the Society's Swiss Group *(Counterterrorism and peace operations)*
Dr. Stefano SALUZZO, Assistant Professor of International Law, University of Piemonte Orientale
((Re)defining the concept of "siege" under international humanitarian law)
Mrs. Julia EMTSEVA, Research Fellow and PhD Candidate, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law & Member of the Society's Board of Directors (TBC)
(International law related lessons learned from decades of foreign military presence in Afghanistan)

15.00 – 15.30 Coffee/tea

15.30 – 17.00 **Committee for International Humanitarian Law**
Urban/underground warfare

Chair:
Dr. Agnieszka JACHEC-NEALE, Senior Lecturer, University of Exeter Law School

Presenters:
Prof. Dr. Daphné RICHEMOND-BARAK, IDC Lauder School of Government, Diplomacy and Strategy
Mrs. Anna Rosalie GREIPL, PhD Candidate and Teaching Assistant, Graduate Institute of International and Development Studies

Committee for Defence Procurement Law

Intersection of Procurements of "AI and Other Emerging Technologies", Rights to Intellectual Property, and Security

Chair: Mr. Roland TROPE, Adjunct Professor, Department of Electrical Engineering and Computer Science, U.S. Military Academy

Presenters:
Mr. Fernand (Fern) A. LAVALLEE, Partner, Jones Day, Washington D.C., United States
Commodore Peter W. BOWERS, Royal Australian Navy
Mr. Jason BROWN, National Security Director for Thales in Australia and New Zealand

20.30 – 22.30 *Official Dinner (Open to accompanying persons)*

Friday 13 May 2022

08.15 – 09.00 **Extraordinary General Assembly (Members of the Society only)**

Plenary Session

09.00 – 10.30 **General Discussion in Plenary Session**
Climate Change and Global Security. A True Legal Challenge for the Stakeholders

Chair:
Prof. Dr. Ida CARACCIOLO, University of Naples & Judge at the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)

Presenters:
Mrs. Antoaneta BOEVA, Legal Counsel, Green Climate Fund & Director of the Society's Documentation Centre
(Armed conflicts as a consequence of climate change: State responsibility and legal consequences)
Prof. Dr. Sergio MARCHISIO, Professor of International and Space Law, University of Roma La Sapienza
(Protection of the natural environment in times of armed conflict and in other military operations)
Lieutenant-General (Ret.) Massimiliano DEL CASALE, Italy
(Recalibrating humanitarian interventions in relation to climate change)

10.30 – 11.00 Coffee/tea

Parallel Specialised Sessions

11.00 – 12.45 **Committee for Criminal and Disciplinary Law**
Military Justice Reforms

Chair:
Lieutenant-Colonel (Ret.) Frank ROSENBLATT, Assistant Professor of Law, Mississippi College of Law & Former Deputy Chief U.S. Army Trial Defense Service

Presenters:
Dr. Andrea CRUCIANI, Military Judge (Italy)
Mr. Lars STEVNSBORG, Military Prosecutor General, Denmark & Member of the Society's Board of Directors
Prof. Dr. Mark M. HULL, Department of Military History, U.S. Army Command and General Staff College
Lieutenant-Colonel (Ret.) Rachel E. VANLANDINGHAM, Professor of Law, Southwestern Law School

Committee for International Humanitarian Law
Ambiguity of Non-Legal Terms in the Conduct of Hostilities

Chair:
Dr. Agnieszka JACHEC-NEALE, Senior Lecturer, University of Exeter Law School

Presenters:
Mr. Rogier BARTELS, Legal Officer in Chamber (Trial Division), International Criminal Court
Emanuela-Chiara-GILLARD, Senior Research Fellow, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, University of Oxford
Dr. Sigrid REDSE JOHANSEN, Judge Advocate General, Norwegian Defence Forces
Dr. Jeroen VAN DEN BOOGAARD, Senior Legal Counsel, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, the Netherlands

12.45 – 13.45 Lunch

Plenary Session

13.45 – 15.00 **General Discussion in Plenary Session**
Cultural Heritage Protection in Post-Conflict Situations

Chair:
Mr. Alfons VANHEUSDEN, Senior Legal Adviser, Ministry of Defence, Belgium & Assistant-Secretary-General of the Society

Presenters:
Dr. Kristin HAUSLER, British Institute of International and Comparative Law
(Cultural heritage protection in peace operations)
Prof. Dr. Federica MUCCI, University of Roma Tor Vergata
(Cultural heritage protection in post-conflict: the emerging legal and operational approach)

15.00 - 15.30 Coffee/tea

16 February 2022

15.30 - 17.00 **General Discussion in Plenary Session**
Selected Topics in the Domain of Effective International Peace and Security

Chair:
Brigadier-General (ret.) Seok KO, Partner, Shin & Kim, Republic of Korea; Formerly Judge Advocate General of the ROK Army; & Member of the Board of Directors of the Society (TBC)

Prof. Dr. Martina BUSCEMI, Assistant Professor, University of Milan Statale
(Effectiveness of the sanctions systems in promoting fair international security)
Capt (Navy) Jean Paul PIERINI, Italy
(*The exercise of extraterritorial jurisdiction in respect of second row spymasters)*

17.00 – 17.30 **Award of the Ciardi Prize 2022**

Jury members:
Dr. Giovanna CIARDI, President of the Fondazione Ciardi
Rear-Admiral (upper half) (ret.) Fabio CAFFIO, Italy
Dr. Isacco Giorgio GIUSTINIANI, Military Magistrate, Italy
Brigadier-General Darren STEWART, Vice-President of the International Society for Military Law and the Law of War
Prof. (Em.) Dr. Terry D. GILL, University of Amsterdam & Member of the Society's Board of Directors

17.30 – 17.40 **Closing Session (Open to accompanying persons)**

Free Evening & Optional Cultural Visits

Saturday 14 May 2022
Departure of the Participants & Optional Cultural Visits

Supporting partners of this Congress:

British Institute of International and Comparative Law (TBC)

Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law

University of Exeter

International Institute of Humanitarian Law, San Remo

Mississippi College School of Law

Centre for International Law Research and Policy (CILRAP), Florence

South Texas College of Law – Houston

Armed Forces Staff, Swiss Armed Forces

16 February 2022

Société Internationale de Droit Militaire
et de Droit de la Guerre

International Society for Military Law
and the Law of War

XXII Congresso

(Firenze, Palazzo Vecchio, 10-14 maggio 2022)

La preghiamo di compilare il modulo ed inviarlo il prima possibile,
non oltre il **20 aprile 2022**

International Society for Military Law and the Law of War
Gruppo italiano – Segreteria
Via degli Acquasparta, 2
001986 – Roma
E-Mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it

PARTECIPANTE

COGNOME _____

NOME _____

TITOLO/GRADO _____

AMMINISTRAZIONE _____

INDIRIZZO _____

_____

CITTÀ _____ C.A.P. _____

TELEFONO _____

E-MAIL _____

EVENTUALI ACCOMPAGNATORI

COGNOME _____ NOME _____

COGNOME _____ NOME _____

RESTRIZIONI ALIMENTARI (SE PRESENTI, INDICARE A QUALE PERSONA SI RIFERISCONO)

Condizioni - Si prega di leggere attentamente:

La quota di iscrizione dei partecipanti: comprende il ricevimento di benvenuto, pranzi, caffè e tè, la cena ufficiale e la visita guidata alla Galleria degli Uffizi, come previsto dal programma. Ai partecipanti registrati verrà offerta la possibilità di prenotare ulteriori viaggi culturali tramite il Gruppo Italiano della Società per venerdì sera e sabato. Per questi viaggi aggiuntivi sarà richiesto un ulteriore pagamento.

Accompagnatori: Gli accompagnatori sono invitati a partecipare al ricevimento di benvenuto, alla cerimonia di apertura, al momento della foto di gruppo, alla cena ufficiale e alla visita guidata al Museo degli Uffizi. La quota per gli accompagnatori per questo pacchetto base è di € 200,00.
Agli accompagnatori registrati sarà offerta la possibilità di prenotare ulteriori viaggi culturali durante la settimana tramite il Gruppo Italiano della Società. Per questi ulteriori viaggi sarà richiesto un pagamento aggiuntivo.

Possono partecipare al Congresso solo i partecipanti e gli accompagnatori che abbiano tempestivamente versato la quota di iscrizione.

Prenotazione dell'hotel: I partecipanti registrati riceveranno un elenco di hotel consigliati a Firenze, incluso un codice di prenotazione, tariffe applicabili, termini e condizioni (inclusa la politica di cancellazione della prenotazione degli hotel).

Privacy: si applica la nostra informativa sulla privacy, consultabile sul sito https://www.ismllw.org/privacy-policy/ . Registrandoti a questo evento dai il permesso alla Società e ai suoi titolari degli uffici, al personale e ai fornitori di servizi di scattare foto dei partecipanti all'evento e di effettuare registrazioni durante l'evento. Autorizzi, inoltre, l'uso di queste immagini, immagini e suoni per scopi di comunicazione (tweet, galleria fotografica del sito Web, videoconferenze...) della Società e del suo Gruppo italiano.

	QUOTA DI ISCRIZIONE	TOTALE
PARTECIPANTI – SOCI	€ 360,00 – Il pagamento della quota di iscrizione è comunque richiesto entro il **20 aprile 2022**	**€**
	QUOTA DI ISCRIZIONE A PERSONA – TOTALE	
PARTICIPANTI – NON-SOCI	€ 400,00, Il pagamento della quota di iscrizione è comunque richiesto entro il **20 aprile 2022**	**€**
	QUOTA DI ISCRIZIONE A PERSONA – TOTALE	
ACCOMPAGNATORI	**€ 200,00 A PERSONA – TOTALE**	**€**
	TOTALE QUOTE DI ISCRIZIONE	**€**

Mi iscrivo come sopra indicato e accetto le condizioni menzionate,

Data: Firma:

La preghiamo di scansionare queste prime tre pagine ed inviarle a: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it .

N.B.
Si rammenta che la quota di iscrizione al Gruppo italiano della International Society for Military Law and Law of War è pari ad euro 25,00.
L'ammissione al sodalizio accademico è subordinato alle vigenti previsioni di cui al comma 2 dell'art. 4 dello Statuto, di cui si allega copia.
In tal senso, si richiede un breve CV in 10 righe e copia elettronica di un documento d'identità.

METODO DI PAGAMENTO DELLA QUOTA D'ISCRIZIONE

Si fa riserva di comunicare le nuove coordinate bancarie non appena disponibili.

Contatti
International Society for Military Law and the Law of War – Gruppo italiano
Via degli Acquasparta, 2 – 00186, Roma
E-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it

Una mostra internazionale a Palermo sull'evoluzione dell'Inquisizione[1]

An international exhibition in Palermo on the evolution of the Inquisition

Antonio Scaglione

Prendo brevemente la parola, anche a nome di mia sorella e dei familiari Scaglione e Lorusso, per ringraziare vivamente le illustrissime Autorità civili e militari presenti, nonché tutti gli invitati gentilmente intervenuti.

Ringrazio anche sentitamente la Presidenza della Repubblica per il conferimento a questa Mostra internazionale della prestigiosa Medaglia del Quirinale, nonché la Presidenza del Senato e la Presidenza della Camera dei Deputati, che hanno concesso il loro autorevole Patrocinio a tale inaugurazione e qui rappresentate, rispettivamente, dal già Presidente Sen. Pietro Grasso e dall'On. Carolina Varchi, cui esprimo riconoscenza per la loro gradita presenza.

Desidero, inoltre, rivolgere un sentito e specifico ringraziamento al Presidente del Consiglio dei Ministri, Prof. Mario Draghi, al Ministro dell'Interno, Dott.ssa Luciana Lamorgese, al Ministro della Giustizia, Prof. Marta Cartabia, e al Vicepresidente del CSM, David Ermini, nonché al Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, Federico Cafiero de Raho, e ai Procuratori generali militari presso la Corte Suprema di Cassazione e presso la Corte di Appello di Roma, rispettivamente, Maurizio Block e Marco De Paolis, i quali hanno tutti cortesemente comunicato il loro vivo apprezzamento per l'odierno evento e il rammarico per non potere essere oggi qui presenti, con l'auspicio di una futura visita alla Mostra. D'altronde, è doveroso anche ringraziare: l'On. Prof. Roberto Lagalla, qui presente anche in rappresentanza ufficiale del Presidente della Regione Siciliana, On. Nello Musumeci, che ha inteso concedere a questa mostra il pregevole Patrocinio dell'Assessorato Regionale dell'Istruzione e della Formazione Professionale; la Dott.ssa Tiziana Martorana, Consigliere dell'Ordine dei Giornalisti di Sicilia, di cui ha portato i saluti ufficiali e le congratulazioni e che ha magistralmente presentato l'odierno evento; e il Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Palermo, Avv. Antonio Gabriele Armetta, oggi qui presente in veste ufficiale a seguito di Delibera formale di tale illustre Consiglio forense.

Un particolare ringraziamento, infine, deve essere rivolto agli autorevoli componenti del Comitato scientifico e, soprattutto, al caro Prof. Francesco Callari per avere ideato, curato e organizzato questo prestigioso evento, che chiude le celebrazioni per il 50° Anniversario del sacrificio di mio padre, Pietro Scaglione, Procuratore capo della Repubblica, e del fedele Antonio Lorusso, agente di custodia, caduti vittime del dovere il 5 maggio 1971 a seguito di un efferato agguato mafioso nella nostra città, in Via dei Cipressi, dando così inizio al martirologio della magistratura italiana e, in particolare, siciliana.

Le manifestazioni per il Cinquantesimo Anniversario del duplice omicidio erano iniziate il 5 maggio scorso, quando il Sindaco di Palermo, Prof. Leoluca Orlando, aveva intestato ai due caduti l'atrio e le aule didattiche dell'antico Palazzo comunale Gravina di Palagonia.

In quella stessa occasione il Presidente della Repubblica, Prof. Sergio Mattarella, aveva ricordato l'Anniversario, definendo Pietro Scaglione "*magistrato integerrimo, dotato di eccezionali capacità professionali e di assoluto rigore civile"*, evidenziando, altresì, che "*il ricordo dell'impegno civile e dell'esemplare coerenza dimostrati dai due autentici servitori dello Stato costituisce l'occasione per riaffermare l'impegno delle forze politiche e sociali nella difesa delle Istituzioni e dei cittadini dalla prevaricazione della mafia, le cui strategie minano la vita democratica del paese".*

[1] Testo dell'intervento svolto in occasione dell'inaugurazione della mostra internazionale dal titolo "*Inquisitio Contra Haereticos*. *I Processi dell'Inquisizione a Streghe, Eretici e Società Segrete*" (Palermo, 4 dicembre 2021).

Con la presente Mostra, costituita da di preziosi documenti storici e rarissimi libri antichi, risalenti fino al XVI secolo, abbiamo voluto contribuire alla conoscenza di uno dei periodi più complessi, controversi e drammatici dell'intera Storia europea e della Sicilia in particolare: qui, infatti, l'attività del Tribunale ecclesiastico del Santo Uffizio operò per secoli e fino al 1782, anno in cui il Viceré Domenico Caracciolo si fece promotore dell'abolizione del Tribunale. Il 16 marzo 1782, invero, il Re Ferdinando di Borbone emanò il decreto che aboliva l'organo e, a breve distanza temporale, l'intero Archivio dell'Inquisizione fu dato alle fiamme.

Le celle del carcere di Palazzo Steri, attuale sede del Rettorato dell'Ateneo di Palermo con il cosiddetto "ciclo pittorico" dei graffiti dei prigionieri dell'Inquisizione, costituiscono comunque una tragica e indelebile testimonianza di quel periodo.

Il rinnovato interesse per lo studio della Santa Inquisizione è documentato dalla pubblicazione, negli ultimi anni, di numerosi, ben documentati e approfonditi saggi, che confermano le acute intuizioni di Leonardo Sciascia nel suo romanzo del 1964 dal titolo "*Morte dell'Inquisitore*", che ripercorre la vicenda del frate agostiniano Diego La Matina, il quale, nel 1658, uccise colpendolo con i ceppi il suo inquisitore Juan Lopez de Cisneros[2]; scritto che era stato preceduto nel 1923 dal romanzo sullo stesso personaggio di Luigi Natoli[3].

Ebbene, oggi siamo di fronte ad una rilevante iniziativa culturale — promossa dalla *Freedom & Culture Historical Society* e ospitata nelle suggestive sale di *Villa Adriana*, una splendida dimora settecentesca con affreschi ricchi di simbologia esoterica — che mira a mostrare l'evoluzione della secolare istituzione ecclesiastica fondata per indagare e punire, mediante appositi "Tribunali delle fede", gli autori e i sostenitori di dottrine o condotte, di tesi o pratiche, considerate contrarie all'ortodossia religiosa.

Come è noto, l'Inquisizione costituiva uno speciale tribunale ecclesiastico che perseguiva la "malvagità degli eretici" (*haeretica pravitas*). Già in epoca medievale, invero, oltre all'ordinaria giurisdizione vescovile, si affermò l'Inquisizione pontificia, la quale si manifestò compiutamente, in particolare, nella prima metà del XIII secolo, quando il Papa prese a delegare i propri poteri coercitivi antiereticali ad alcuni giudici da lui stesso nominati (*inquisitio haereticae pravitatis*). Tuttavia, solo alla fine del XV secolo venne istituita la prima Inquisizione stabile e centralizzata, quella spagnola, cui seguirono nel XVI secolo, agli albori dell'età moderna, l'Inquisizione portoghese e, poi, quella romana. Specifica attenzione merita, comunque, l'esperienza dell'Inquisizione in Sicilia, in cui l'attività di ricerca e repressione dell'eresia risale già al XIII secolo, e che ebbe fine solo nel 1782, allorché il Viceré Domenico Caracciolo si fece l'artefice della sua completa abolizione, definendola un "Mostro terribile" nella lettera a d'Alembert pubblicata sulla celebre rivista parigina del tempo *Mercure de France*.

La Mostra si pone, *primum*, nell'ambito delle iniziative previste dal Progetto GAP (*Graffiti Art in Prison*) del *SiMuA* (*Sistema Museale di Ateneo*) dell'Università degli Studi di Palermo, il quale è finanziato dall'*Erasmus+ Programme of the European Union – Strategic Partnerships for Higher Education 2020-2023* ed è in partenariato con il *Departamento de Historia del Arte* dell'*Universidad de Zaragoza*, con il *Kunsthistorisches Institut in Florenz – Max-Planck-Institut*, nonché con il *DEMS – Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali* dell'Università di Palermo e con la *ABADIR – Accademia di Design e Comunicazione Visiva* di Catania.

Inoltre, *pro bono publico*, il ricavato della Mostra — curata da me e dal Prof. Francesco Callari, grazie al supporto di un autorevole Comitato Scientifico — sarà destinato alla realizzazione di un'esposizione museale permanente della prestigiosa Collezione tematica, la quale nel tempo è chiamata a divenire, pure in ambito internazionale, luogo vitale di preservazione e divulgazione della

[2] L. SCIASCIA*, Morte dell'Inquisitore*, Milano, Adelphi, 1992. V., pure, L. SCIASCIA*, Opere*, vol. II*, Inquisizioni, Memorie, Saggi,* tomo I, *Inquisizioni e memorie*, a cura di P. Squillacioti, Milano, Adelphi, 2014.

[3] L. NATOLI (W. GALT), *Fra Diego La Matina*, Palermo, Flaccovio, 2015.

documentazione storica, nonché istituzionale riferimento scientifico per studiosi ed enti di ricerca anche in ambito di diritti umani, libertà fondamentali e giustizia penale.

In particolare, la Mostra si compone di XI sezioni tematiche, articolate in 22 postazioni narrative, che sono corredate, anche nell'ambito di un coinvolgente allestimento di realtà aumentata, da pregevoli illustrazioni del tempo e da interessanti note esplicative. Essa è diretta a delineare un percorso storico unitario, che consenta al visitatore, immerso tra le vestigia documentali di un passato (per certi aspetti) ancora assai misterioso e più che mai discusso, di vivere una esperienza culturale unica, ricca di fascino, emozioni e spunti di riflessione assolutamente attuali.

Concludo, osservando che, nell'attale contesto storico, tendenzialmente dominato dal pensiero unico della globalizzazione, il recupero della memoria e della storia, fondato sul pensiero critico e sulla logica dialettica, appare sempre più essenziale sia per la formazione delle nuove generazioni, sia, soprattutto, per evitare che tragici eventi o fenomeni del passato possano ripetersi.

Come sottolineava, infatti, Cicerone, nel "*De Oratore*", "*la storia è testimone dei tempi, luce della verità, vita della memoria, messaggera dell'antichità*".

Chiuso in redazione

nel mese di febbraio 2022

MINISTERO DELLA DIFESA

Giustizia Militare

Rassegna della Giustizia Militare